CNUDCI
COMMISSION DES NATIONS UNIES
POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL

# CNUDCI Annuaire

## Volume XLIII: 2012

NATIONS UNIES

# COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL

# ANNUAIRE

## Volume XLIII: 2012

NATIONS UNIES
**New York, 2019**

**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/2012

PUBLICATION DES NATIONS UNIES

eISBN 978-92-1-004636-7
ISSN 0251-4257

© Nations Unies, octobre 2019. Tous droits réservés pour tous pays.

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

## TABLE DES MATIÈRES


*Page*

INTRODUCTION . . . . . vii

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

QUARANTE-CINQUIÈME SESSION (2012) . . . . . 3

A. Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa quarante-cinquième session (New York, 25 juin-6 juillet 2012) (A/67/17) . . . . . 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-neuvième session (TD/B/59/7) . . . . . 94

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-cinquième session (A/67/465) . . . . . 95

D. Résolutions 67/1, 67/89, 67/90 et 67/97 de l'Assemblée générale . . . . . 105

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

I. ARBITRAGE ET CONCILIATION . . . . . 125

A. Rapport du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) sur les travaux de sa cinquante-cinquième session (Vienne, 3-7 octobre 2011) (A/CN.9/736) . . . . . 125

B. Note du Secrétariat concernant le règlement des litiges commerciaux: élaboration d'une norme juridique sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités, soumise au Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) à sa cinquante-cinquième session (A/CN.9/WG.II/WP.166 et Add.1) . . . . . 154

C. Note du Secrétariat concernant le règlement des litiges commerciaux: transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités – commentaires du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), soumise au Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) à sa cinquante-cinquième session (A/CN.9/WG.II/WP.167) . . . . . 181

D. Rapport du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) sur les travaux de sa cinquante-sixième session (New York, 6-10 février 2012) (A/CN.9/741) . . . . . 192

E. Note du Secrétariat concernant le règlement des litiges commerciaux: élaboration d'une norme juridique sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités, soumise au Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) à sa cinquante-sixième session (A/CN.9/WG.II/WP.169 et Add.1) . . . . . 215

F. Note du Secrétariat concernant le règlement des litiges commerciaux: transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités – observations d'institutions d'arbitrage sur la création d'un lieu de conservation des informations publiées ("registre"), soumise au Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) à sa cinquante-sixième session (A/CN.9/WG.II/WP.170 et Add.1) . . . . . 243

G. Note du Secrétariat concernant le règlement des litiges commerciaux: 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 révisé en 2010 (A/CN.9/746 et Add.1) . . . 265

H. Note du Secrétariat concernant le règlement des litiges commerciaux: 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 révisé en 2010 – compilation des commentaires reçus des gouvernements (A/CN.9/747 et Add.1) . . . 288

II. COMMERCE ÉLECTRONIQUE . . . 295

A. Rapport du Groupe de travail IV (Commerce électronique) sur les travaux de sa quarante-cinquième session (Vienne, 10-14 octobre 2011) (A/CN.9/737) . . . 295

B. Note du Secrétariat sur les questions juridiques liées à l'utilisation des documents transférables électroniques, soumise au Groupe de travail IV (Commerce électronique) à sa quarante-cinquième session (A/CN.9/WG.IV/WP.115) . . . 311

C. Note du Secrétariat sur les aspects juridiques du commerce électronique – proposition du Gouvernement espagnol, soumise au Groupe de travail IV (Commerce électronique) à sa quarante-cinquième session (A/CN.9/WG.IV/WP.116) . . . 330

III. DROIT DE L'INSOLVABILITÉ . . . 339

A. Rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de sa quarantième session (Vienne, 31 octobre-4 novembre 2011) (A/CN.9/738) . . . 339

B. Note du Secrétariat sur l'interprétation et l'application de certains concepts de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale en rapport avec le centre des intérêts principaux, soumise au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa quarantième session (A/CN.9/WG.V/WP.99) . . . 353

C. Note du Secrétariat sur les obligations et responsabilités des administrateurs et dirigeants d'entreprises dans les procédures d'insolvabilité et mécanismes avant insolvabilité, soumise au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa quarantième session (A/CN.9/WG.V/WP.100) . . . 369

D. Proposition d'une définition de "centre des intérêts principaux" (articles 2 b) et 16-3 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale) présentée par les délégations espagnole et mexicaine et l'Union internationale des avocats (UIA), soumise au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa quarantième session (A/CN.9/WG.V/WP.101) . . . 375

E. Rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de sa quarante et unième session (New York, 30 avril-4 mai 2012) (A/CN.9/742) . . . 376

F. Note du Secrétariat sur l'interprétation et l'application de certains concepts de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale en rapport avec le centre des intérêts principaux, soumise au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa quarante et unième session (A/CN.9/WG.V/WP.103 et Add.1) . . . 396

G. Note du Secrétariat sur les obligations des administrateurs de sociétés lorsque la société est sur le point d'être insolvable, soumise au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa quarante et unième session (A/CN.9/WG.V/WP.104) . . . 432

H. Proposition de la délégation des États-Unis d'Amérique présentée pour examen au Groupe de travail, soumise au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa quarante et unième session (A/CN.9/WG.V/WP.105) . . . 453

IV. RÈGLEMENT DES LITIGES EN LIGNE . . . . . 457

A. Rapport du Groupe de travail III (Règlement des litiges en ligne) sur les travaux de sa vingt-quatrième session (Vienne, 14-18 novembre 2011) (A/CN.9/739) . . . . . 457

B. Note du Secrétariat sur la résolution des litiges en ligne dans les opérations internationales de commerce électronique: projet de règlement de procédure, soumise au Groupe de travail III (Règlement des litiges en ligne) à sa vingt-quatrième session (A/CN.9/WG.III/WP.109) . . . . . 481

C. Note du Secrétariat sur le règlement des litiges en ligne dans les opérations internationales de commerce électronique: questions à examiner en concevant un cadre mondial pour le règlement des litiges en ligne, soumise au Groupe de travail III (Règlement des litiges en ligne) à sa vingt-quatrième session (A/CN.9/WG.III/WP.110) . . . . . 502

D. Rapport du Groupe de travail III (Règlement des litiges en ligne) sur les travaux de sa vingt-cinquième session (New York, 21-25 mai 2012) (A/CN.9/744) . . . . . 515

E. Note du Secrétariat sur la résolution des litiges en ligne dans les opérations internationales de commerce électronique: projet de règlement de procédure, soumise au Groupe de travail III (Règlement des litiges en ligne) à sa vingt-cinquième session (A/CN.9/WG.III/WP.112 et Add.1) . . . . 535

F. Note du Secrétariat sur le règlement des litiges en ligne dans les opérations internationales de commerce électronique: autres questions à examiner en concevant un cadre mondial pour le règlement des litiges en ligne, soumise au Groupe de travail III (Règlement des litiges en ligne) à sa vingt-cinquième session (A/CN.9/WG.III/WP.113) . . . . . 558

G. Note du Secrétariat sur la proposition de principes applicables aux tiers neutres et aux administrateurs de procédures de résolution des litiges en ligne, soumise au Groupe de travail III (Règlement des litiges en ligne) à sa vingt-cinquième session (A/CN.9/WG.III/WP.114) . . . . . 564

H. Note du Secrétariat sur l'analyse et la proposition concernant l'incorporation de principes de fond pour les demandes et les mesures relevant de la résolution des litiges en ligne dans l'article 4 du projet de règlement de procédure – note présentée par le Center for International Legal Education, soumise au Groupe de travail III (Règlement des litiges en ligne) à sa vingt-cinquième session (A/CN.9/WG.III/WP.115) . . . . . 571

V. SÛRETÉS . . . . . 593

A. Rapport du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de sa vingtième session (Vienne, 12-16 décembre 2011) (A/CN.9/740) . . . . . 593

B. Note du Secrétariat concernant le projet de guide sur le registre des sûretés réelles mobilières, soumise au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa vingtième session (A/CN.9/WG.VI/WP.48 et Add.1 à 3) . . . . . 615

C. Rapport du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de sa vingt et unième session (New York, 14-18 mai 2012) (A/CN.9/743) . . . . . 711

D. Note du Secrétariat concernant le projet de guide législatif technique sur la mise en place d'un registre des sûretés réelles mobilières: Annexe I. Terminologie et recommandations, soumise au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa vingt et unième session (A/CN.9/WG.VI/WP.50 et Add.1 et 2) . . . . . 729

VI. PASSATION DE MARCHÉS . . . . . 767

A. Rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa vingt et unième session (New York, 16-20 avril 2012) (A/CN.9/745) . . . . . 767

B. Note du Secrétariat concernant le Guide révisé pour l'incorporation qui accompagnera la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa vingt et unième session (A/CN.9/WG.I/WP.79 et Add.1 à 19). . . . . 785

VII. TRAVAUX FUTURS POSSIBLES . . . . . 1079

A. Passation de marchés et développement des infrastructures: travaux futurs possibles (A/CN.9/755). . . . 1079

B. Questions juridiques ayant une incidence dans le domaine de la microfinance (A/CN.9/756). . . . . 1093

C. Questions juridiques ayant une incidence dans le domaine de la microfinance – observations formulées par la Section internationale de l'Association of the Bar of the State of New York (A/CN.9/757) . . . . . 1115

D. Travaux futurs envisageables dans le domaine du droit international des contrats – proposition de la Suisse sur les travaux futurs envisageables de la CNUDCI dans le domaine du droit international des contrats (A/CN.9/758) . . . . . 1121

VIII. RECUEIL DE JURISPRUDENCE CONCERNANT LES TEXTES DE LA CNUDCI (CLOUT) . . . . . 1129

IX. ASSISTANCE TECHNIQUE EN MATIÈRE DE RÉFORME DU DROIT. . . . . 1131

Note du Secrétariat sur la coopération et l'assistance techniques (A/CN.9/753). . . . . 1131

X. ÉTAT ET PROMOTION DES TEXTES JURIDIQUES DE LA CNUDCI . . . . . 1151

Note du Secrétariat sur l'état des conventions et des lois types (A/CN.9/751) . . . . . 1151

XI. COORDINATION ET COOPÉRATION . . . . . 1153

Note du Secrétariat sur les activités de coordination (A/CN.9/749) . . . . . 1153

**Troisième partie. Annexes**

I. COMPTES RENDUS ANALYTIQUES DES SÉANCES DE LA COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL . . . . . 1163

II. BIBLIOGRAPHIE DES ÉCRITS RÉCENTS AYANT TRAIT AUX TRAVAUX DE LA CNUDCI (A/CN.9/750) . . . . . 1251

III. LISTE DES DOCUMENTS DE LA COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL. . . . . 1304

IV. LISTE DES DOCUMENTS DE LA CNUDCI REPRODUITS DANS LES VOLUMES PRÉCÉDENTS DE L'*ANNUAIRE* . . . . . 1313

## INTRODUCTION

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

Ce volume est divisé en trois parties. La première contient le rapport de la CNUDCI sur les travaux de sa quarante-cinquième session, tenue à New York du 25 juin au 6 juillet 2012, 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-cinquième 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-cinquième 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: www.uncitral.org**

---

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

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

| *Volume* | *Période considérée* | *Publication des Nations Unies, numéro de vente ou cote du document* |
|---|---|---|
| XIV | 1983 | F.85.V.3 |
| XV | 1984 | F.86.V.2 |
| XVI | 1985 | F.87.V.4 |
| XVII | 1986 | F.88.V.4 |
| XVIII | 1987 | F.89.V.4 |
| XIX | 1988 | F.89.V.8 |
| XX | 1989 | F.90.V.9 |
| XXI | 1990 | F.91.V.6 |
| XXII | 1991 | F.93.V.2 |
| XXIII | 1992 | F.94.V.7 |
| XXIV | 1993 | F.94.V.16 |
| XXV | 1994 | F.95.V.20 |
| XXVI | 1995 | F.96.V.8 |
| XXVII | 1996 | F.98.V.7 |
| XXVIII | 1997 | F.99.V.6 |
| XXIX | 1998 | F.99.V.12 |
| XXX | 1999 | F.00.V.9 |
| XXXI | 2000 | F.02.V.3 |
| XXXII | 2001 | F.04.V.4 |
| XXXIII | 2002 | F.05.V.13 |
| XXXIV | 2003 | F.06.V.14 |
| XXXV | 2004 | F.08.V.8 |
| XXXVI | 2005 | F.10.V.4 |
| XXXVII | 2006 | A/CN.9/SER.A/2006 |
| XXXVIII | 2007 | A/CN.9/SER.A/2007 |
| XXXIX | 2008 | A/CN.9/SER.A/2008 |
| XL | 2009 | A/CN.9/SER.A/2009 |
| XLI | 2010 | A/CN.9/SER.A/2010 |
| XLII | 2011 | A/CN.9/SER.A/2011 |

*Première partie*

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

# QUARANTE-CINQUIÈME SESSION (2012)

## A. Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa quarante-cinquième session (New York, 25 juin-6 juillet 2012) (A/67/17)

**[Original: anglais]**

### TABLE DES MATIÈRES


| | | *Paragraphes* |
|---|---|---|
| I. | Introduction | 1-2 |
| II. | Organisation de la session | 3-12 |
| | A. Ouverture de la session | 3 |
| | B. Composition et participation | 4-9 |
| | C. Élection du Bureau | 10 |
| | D. Ordre du jour | 11 |
| | E. Adoption du rapport | 12 |
| III. | Finalisation et adoption d'un Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics | 13-46 |
| | A. Examen de propositions en vue d'un Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics | 14-45 |
| | B. Adoption d'un Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics | 46 |
| IV. | Finalisation et adoption des 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, tel que révisé en 2010 | 47-64 |
| | A. Examen du projet de 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, tel que révisé en 2010 | 52-63 |
| | B. Adoption des 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, tel que révisé en 2010 | 64 |
| V. | Arbitrage et conciliation | 65-70 |
| | A. Rapport d'activité du Groupe de travail II | 65-69 |
| | B. Travaux futurs dans le domaine du règlement des litiges commerciaux | 70 |
| VI. | Règlement des litiges en ligne: rapport d'activité du Groupe de travail III | 71-79 |
| VII. | Commerce électronique: rapport d'activité du Groupe de travail IV | 80-90 |
| VIII. | Droit de l'insolvabilité: rapport d'activité du Groupe de travail V | 91-96 |

IX. Sûretés: rapport d'activité du Groupe de travail VI . . . . . 97-105
X. Travaux futurs possibles dans le domaine des marchés publics et questions connexes . . . . . 106-123
XI. Travaux futurs possibles dans le domaine de la microfinance . . . . . 124-126
XII. Travaux futurs possibles de la CNUDCI dans le domaine du droit international des contrats . . . . . 127-132
XIII. Élaboration d'un guide sur la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958 . . . . . 133-136
XIV. Textes d'autres organisations avalisés par la Commission . . . . . 137-144
A. Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international, 2010 . . . . . 137-140
B. Incoterms 2010 . . . . . 141-144
XV. Assistance technique en matière de réforme du droit . . . . . 145-148
XVI. Promotion des moyens visant à assurer l'interprétation et l'application uniformes des textes juridiques de la CNUDCI . . . . . 149-158
XVII. État et promotion des textes de la CNUDCI . . . . . 159-161
XVIII. Coordination et coopération . . . . . 162-181
A. Coordination et coopération dans le domaine des sûretés . . . . . 165-168
B. Rapports d'autres organisations internationales . . . . . 169-173
C. Organisations internationales gouvernementales et non gouvernementales invitées aux sessions de la CNUDCI et de ses groupes de travail . . . . . 174-178
D. Renforcement de la coopération avec les milieux universitaires . . . . . 179-181
XIX. Présence régionale de la CNUDCI . . . . . 182-194
A. Création du Centre régional de la CNUDCI pour l'Asie et le Pacifique: rapport d'activité . . . . . 182-186
B. Présence régionale dans d'autres parties du monde . . . . . 187-194
XX. Rôle de la CNUDCI dans la promotion de l'état de droit aux niveaux national et international . . . . . 195-227
A. Résumé de la réunion d'information . . . . . 199-210
B. Mesures à prendre par la Commission . . . . . 211-227
XXI. Une orientation stratégique pour la CNUDCI . . . . . 228-232
XXII. Concours d'arbitrage commercial international . . . . . 233-235
A. Concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis 2012 . . . . . 233-234
B. Concours d'arbitrage commercial international de Madrid 2012 . . . . . 235
XXIII. Résolutions pertinentes de l'Assemblée générale . . . . . 236-238

XXIV. Questions diverses . . . . . 239-256
A. Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme: mise en œuvre du cadre de référence "protéger, respecter et réparer" des Nations Unies . . . . . 239-240
B. Droit à l'établissement de comptes rendus analytiques . . . . . 241-249
C. Cadre stratégique pour l'exercice biennal 2014-2015 . . . . . 250-252
D. Programme de stages . . . . . 253
E. Évaluation du rôle du Secrétariat dans la facilitation des travaux de la Commission . . . . . 254
F. Élection des États membres de la CNUDCI . . . . . 255
G. Documents concernant les méthodes de travail de la CNUDCI . . . . . 256
XXV. Date et lieu des réunions futures . . . . . 257-263
A. Quarante-sixième session de la Commission . . . . . 259
B. Sessions des groupes de travail . . . . . 260-263

Annexes

I. 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, tel que révisé en 2010 . . . . . 1-62
II. Liste des documents dont la Commission était saisie à sa quarante-cinquième session . . . . .

# I. Introduction

1. Le présent rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) porte sur la quarante-cinquième session de la Commission, tenue à New York du 25 juin au 6 juillet 2012.

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

# II. Organisation de la session

## A. Ouverture de la session

3. La quarante-cinquième session de la Commission a été ouverte le 25 juin 2012 par la Secrétaire générale adjointe aux affaires juridiques et Conseillère juridique de l'Organisation des Nations Unies, Patricia O'Brien.

## B. Composition et participation

4. La résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale, portant création de la Commission, prévoyait que celle-ci serait composée de 29 États élus par l'Assemblée. Par sa résolution 3108 (XXVIII) du 12 décembre 1973, l'Assemblée a porté de 29 à 36 le nombre des membres de la Commission puis, par sa résolution 57/20 du 19 novembre 2002, de 36 à 60 États. Les membres actuels de la Commission, élus le 22 mai 2007, le 3 novembre 2009 et le 15 avril 2010, sont les États ci-après, dont le mandat expire la veille de l'ouverture de la session annuelle de la Commission pour l'année indiquée[1]: Afrique du Sud (2013), Algérie (2016), Allemagne (2013), Argentine (2016), Arménie (2013), Australie (2016), Autriche (2016), Bahreïn (2013), Bénin (2013), Bolivie (État plurinational de) (2013), Botswana (2016), Brésil (2016), Bulgarie (2013), Cameroun (2013), Canada (2013), Chili (2013), Chine (2013), Colombie (2016), Croatie (2016), Égypte (2013), El Salvador (2013), Espagne (2016), États-Unis d'Amérique (2016), Fédération de Russie (2013), Fidji (2016), France (2013), Gabon (2016), Géorgie (2015), Grèce (2013), Honduras (2013), Inde (2016), Iran (République islamique d') (2016), Israël (2016), Italie (2016), Japon (2013), Jordanie (2016), Kenya (2016), Lettonie (2013), Malaisie (2013), Malte (2013), Maroc (2013), Maurice (2016), Mexique (2013), Namibie (2013), Nigéria (2016), Norvège (2013), Ouganda (2016), Pakistan (2016), Paraguay (2016), Philippines (2016), République de Corée (2013), République tchèque (2013), Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (2013), Sénégal (2013), Singapour (2013), Sri Lanka (2013), Thaïlande (2016), Turquie (2016), Ukraine (2014) et Venezuela (République bolivarienne du) (2016).

5. Tous les membres de la Commission étaient représentés à la session à l'exception des États suivants: Afrique du Sud, Australie, Bahreïn, Bolivie (État plurinational de), Botswana, Bulgarie, Égypte, Gabon, Grèce, Jordanie, Lettonie, Malaisie, Malte, Maurice, Namibie, Paraguay, Royaume-Uni, Sri Lanka et Ukraine.

6. Ont assisté à la session des observateurs des États suivants: Bélarus, Chypre, Comores, Cuba, Équateur, Finlande, Guatemala, Indonésie, Koweït, Panama, Pays-Bas, Pologne, Qatar, Roumanie, Suède et Suisse.

7. Ont également assisté à la session des observateurs du Saint-Siège et de l'Union européenne.

---

[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 le 22 mai 2007 (décision 61/417), 28 par l'Assemblée le 3 novembre 2009, et 2 par l'Assemblée 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 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).

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

a) *Système des Nations Unies*: Banque mondiale et Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD);

b) *Organisations intergouvernementales*: Cour centraméricaine de justice, Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT), Organisation internationale de droit du développement (OIDD) et Organisation mondiale des douanes (OMD);

c) *Organisations non gouvernementales invitées*: American Bar Association (ABA), Association droit et méditerranée (Jurimed), Association européenne des étudiants en droit (ELSA), Association internationale du barreau, Association of the Bar of the City of New York (ABCNY), Association of the Bar of the State of New York (NYSBA), Centre for International Legal Studies, Chambre de commerce internationale (CCI), Club d'arbitres de la Chambre d'arbitrage de Milan, Commercial Finance Association, Corporate Counsel International Arbitration Group, Forum for International Conciliation and Arbitration, International Insolvency Institute, International Law Institute (ILI), Moot Alumni Association et Vale Columbia Centre on Sustainable International Investment.

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

## C. Élection du Bureau

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

| | |
|---|---|
| *Président*: | Hrvoje Sikirić (Croatie) |
| *Vice-Présidents*: | Rosario Elena A. Laborte-Cuevas (Philippines)<br>Jorge Roberto Maradiaga M. (Honduras)<br>Tore Wiwen-Nilsson (Suède) (élu à titre personnel) |
| *Rapporteur*: | Agasha Mugasha (Ouganda) |

## D. Ordre du jour

11. L'ordre du jour de la session, adopté par la Commission à sa 943e séance, le 25 juin 2012, était le suivant:

1. Ouverture de la session.
2. Élection du Bureau.
3. Adoption de l'ordre du jour.
4. Finalisation et adoption d'un Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

5. Finalisation et adoption des 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, tel que révisé en 2010.
6. Arbitrage et conciliation: rapport d'activité du Groupe de travail II.
7. Résolution des litiges en ligne: rapport d'activité du Groupe de travail III.
8. Commerce électronique: rapport d'activité du Groupe de travail IV.
9. Droit de l'insolvabilité: rapport d'activité du Groupe de travail V.
10. Sûretés: rapport d'activité du Groupe de travail VI.
11. Travaux futurs possibles dans le domaine des marchés publics et questions connexes.
12. Travaux futurs possibles dans le domaine de la microfinance.
13. Travaux futurs possibles de la CNUDCI dans le domaine du droit international des contrats.
14. Élaboration d'un guide sur la Convention de New York de 1958.
15. Textes d'autres organisations avalisés par la Commission.
16. Assistance technique en matière de réforme du droit.
17. Promotion des moyens visant à assurer l'interprétation et l'application uniformes des textes juridiques de la CNUDCI.
18. État et promotion des textes juridiques de la CNUDCI.
19. Coordination et coopération:
    a) En général;
    b) Coordination dans le domaine des sûretés;
    c) Rapports d'autres organisations internationales;
    d) Organisations internationales gouvernementales et non gouvernementales invitées aux sessions de la CNUDCI et de ses groupes de travail.
20. Présence régionale de la CNUDCI.
21. Rôle de la CNUDCI dans la promotion de l'état de droit aux niveaux national et international.
22. Planification stratégique.
23. Concours d'arbitrage commercial international.
24. Résolutions pertinentes de l'Assemblée générale.
25. Questions diverses.
26. Date et lieu des réunions futures.
27. Adoption du rapport de la Commission.

### E. Adoption du rapport

12. À ses 948e et 949e séances, les 27 et 28 juin 2012, et à ses 956e et 957e séances, le 6 juillet 2012, la Commission a adopté le présent rapport par consensus.

## III. Finalisation et adoption d'un Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics

13. À sa session en cours, la Commission était saisie des documents suivants: a) le rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa vingt et unième session (A/CN.9/745); b) une note du Secrétariat présentant une proposition pour un chapitre d'un projet de guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics (A/CN.9/754 et Add.1 à 3); et c) une note du Secrétariat présentant une proposition en vue d'un Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics (A/CN.9/WG.I/WP.79 et Add.1 à 19).

### A. Examen de propositions en vue d'un Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics

14. La Commission a d'abord examiné les parties du projet de guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics que le Groupe de travail I (Passation de marchés) n'avait pas examinées en détail à sa vingt et unième session, tenue à New York du 16 au 20 avril 2012: le chapitre II du document A/CN.9/WG.I/WP.79; les documents A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.1 et 2; les sections A à C du document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.7; les paragraphes 1 à 5 du document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.8; la section A des documents A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.9, 10, 13 et 15; et les documents A/CN.9/754 et Add.1 à 3 et A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.18.

15. La Commission a prié le Secrétariat de veiller à employer de manière homogène la formule "fournisseurs ou entrepreneurs" dans l'ensemble du Guide.

16. La Commission a approuvé la partie du texte du projet de guide contenue dans le document A/CN.9/WG.I/WP.79 modifiée par le Groupe de travail à sa vingt et unième session (A/CN.9/745, par. 14).

17. La Commission est convenue d'ajouter une discussion sur la collusion dans le document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.2, au paragraphe 19 ou après celui-ci, ou encore à la sous-section 5, sur la promotion de l'intégrité et de l'équité du processus de passation des marchés et de la confiance du public dans ce processus (objectif e) du préambule de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics de 2011)[2]. Il était entendu que, quel que soit l'emplacement de cette discussion dans le texte final, des renvois seraient insérés dans l'ensemble du Guide pour souligner que

---

[2] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 17* (A/66/17), annexe I.

le problème de la collusion concerne non seulement la concurrence pendant le processus de passation de marché mais aussi l'intégrité du processus. Il a été convenu que la discussion sur la collusion comporterait les éléments suivants: a) il y a collusion lorsque deux fournisseurs ou entrepreneurs ou plus, ou un ou plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs et l'entité adjudicatrice, agissent ensemble pour manipuler le marché d'une manière nuisant à l'obtention d'un résultat optimal dans la passation donnée; b) la manipulation peut porter sur le prix, maintenu artificiellement élevé, ou sur d'autres éléments de la soumission (tels que la qualité proposée); elle peut aussi consister en un accord de partage du marché au moyen d'un gonflement artificiel des prix ou une distorsion artificielle d'autres éléments d'une soumission, ou en un accord visant à ne pas présenter de soumissions ou à fausser autrement la concurrence; c) la collusion constituerait probablement une violation du droit de l'État; d) la collusion suppose l'intention des parties concernées de s'y livrer; et e) la complicité de représentants de l'entité adjudicatrice dans la collusion n'est pas rare. Il serait également noté dans le texte que même si l'absence de concurrence réelle est une conséquence de la collusion, elle peut aussi avoir d'autres causes, telles que le manque de compétences spécialisées des fournisseurs ou leur méconnaissance des possibilités de marchés; et qu'une procédure apparemment concurrentielle pourrait avoir comporté une collusion limitée entre certains participants. Il a donc été conclu qu'il n'y avait pas de lien automatique entre l'ampleur de la concurrence et la collusion.

18. Il a été rappelé que le Groupe de travail avait décidé de ne pas inclure de glossaire dans le Guide (A/CN.9/745, par. 36). Il était donc entendu que les renvois à un glossaire figurant en annexe au Guide seraient supprimés.

19. La Commission a approuvé la partie du texte du projet de guide contenue dans le document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.2, modifiée par elle à la présente session (voir ci-dessus, par. 17 et 18) et par le Groupe de travail à sa vingt et unième session (A/CN.9/745, par. 16).

20. La Commission a examiné la modification proposée par le Groupe de travail au paragraphe 11 du document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.10 (A/CN.9/745, par. 24 a)). L'idée d'ajouter au projet de guide un passage sur la réticence à participer à une procédure de demande de propositions avec dialogue en raison de risques élevés de corruption a suscité une objection. Il a été suggéré de mentionner plutôt dans ce paragraphe les difficultés d'utiliser cette méthode dans les situations où l'entité adjudicatrice manquait d'expérience et de compétences pour mener des négociations avec mise en concurrence. On a répondu à cela que l'expérience et les compétences ne pouvaient être acquises qu'en utilisant la méthode (et que de nouvelles méthodes de passation avaient bien été introduites avec des résultats positifs). La Commission est convenue de laisser en l'état le paragraphe 11 et de remplacer au paragraphe 12 l'expression "la capacité à négocier" par l'expression "aptitude et compétences pour négocier". Elle est également convenue que le mot "capacité" devrait être révisé dans les autres passages du projet de guide où il était utilisé dans un contexte similaire.

21. En ce qui concerne le paragraphe 18 du document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.10, modifié par le Groupe de travail à sa vingt et unième session (A/CN.9/745, par. 24 c)), la Commission est convenue que le terme "agents de probité" ne devrait pas apparaître dans le texte du Guide.

22. La Commission a approuvé la partie du texte du projet de guide contenue dans le document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.10, modifiée par elle à la présente session (voir ci-dessus, par. 20 et 21) et par le Groupe de travail à sa vingt et unième session (A/CN.9/745, par. 24 b) et c)).

23. En ce qui concerne le paragraphe 18 du document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.13, la Commission est convenue de la nécessité d'un meilleur équilibre entre les avantages et les inconvénients de la participation d'organismes tiers à la mise en place et à l'administration des enchères électroniques inversées. Un examen des avantages potentiels du recours aux tiers dans les enchères électroniques inversées serait donc inclus, semblable à l'examen des avantages potentiels de l'efficacité administrative, à l'alinéa a) du paragraphe 4 du document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.15, et à l'examen du recours aux centrales d'achats dans le fonctionnement des accords-cadres, aux alinéas g) et i) du même paragraphe 4 de ce document. La Commission a approuvé la partie du texte du projet de guide contenue dans le document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.13, modifiée par elle à la présente session et par le Groupe de travail à sa vingt et unième session (A/CN.9/745, par. 27).

24. En ce qui concerne le paragraphe 6 du document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.15, la Commission est convenue d'inclure un examen des obstacles supplémentaires que les petites et moyennes entreprises peuvent rencontrer dans l'accès aux marchés publics, en particulier lorsque des accords-cadres sont utilisés en combinaison avec des outils électroniques. Le Secrétariat a été prié de ne pas répéter à cet égard le paragraphe 18 du document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.15 et de veiller à ce que les éléments de cet examen soient versés opportunément dans le commentaire sur les questions de politique générale liées à l'incorporation et dans le commentaire sur les questions d'application et d'utilisation. La Commission a approuvé la partie du texte du projet de guide contenue dans le document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.15, modifiée par elle à la présente session et par le Groupe de travail à sa vingt et unième session (A/CN.9/745, par. 29).

25. La Commission est convenue de remplacer au paragraphe 23 du document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.18 l'expression "à ce stade" par l'expression "après la formation du contrat" et, au paragraphe 30 du même document, le membre de phrase "s'il est possible que les mesures correctives entraînent l'annulation de mesures prises et une perte d'argent" par une référence au risque de perte de temps et probablement d'argent, telle que celle qui figure au paragraphe 32 de ce document. La Commission a approuvé la partie du texte du projet de guide contenue dans le document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.18, modifiée par elle à la présente session et par le Groupe de travail à sa vingt et unième session (A/CN.9/745, par. 32).

26. En ce qui concerne le document A/CN.9/754, la Commission a prié le Secrétariat de rendre compte au paragraphe 16 des débats que le Groupe de travail avait tenus à sa vingt et unième session sur l'utilisation des termes "mis à disposition" et "accessible" (A/CN.9/745, par. 17 b)); de préciser à la troisième phrase du paragraphe 35 que la partie en question du procès-verbal ne serait pas mise à la disposition des fournisseurs ou entrepreneurs qui avaient été disqualifiés à l'issue de la procédure de préqualification; d'aligner le paragraphe 57 sur le paragraphe 24 du document A/CN.9/754/Add.1; et de reformuler la note de bas de page 2 et la partie du projet de guide contenue dans le document A/CN.9/754 et

Add.1 à 3 en utilisant le passé pour renvoyer à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services de 1994[3] et le présent pour renvoyer à la Loi type de 2011, et de refléter le contenu de la note de bas de page 2 dans le texte du Guide.

27. En ce qui concerne le paragraphe 5 du document A/CN.9/754/Add.2, la Commission est convenue d'indiquer, dans le commentaire des articles 34 et 46 de la Loi type de 2011, qu'il pourrait exister un risque d'insuffisance ou de distorsion de concurrence si l'entité adjudicatrice ne sélectionnait pas de manière appropriée les fournisseurs ou entrepreneurs auprès desquels elle solliciterait des prix, par exemple si elle s'adressait à des fournisseurs ou entrepreneurs appartenant à un groupe de sociétés ou soumis de quelque autre manière à un contrôle financier ou de gestion commun.

28. La Commission a chargé le Secrétariat de veiller à la cohérence de l'examen des notions connexes et de s'assurer que leur importance relative restait également constante tout au long de la partie III du Guide. La Commission a approuvé la partie du texte de projet de guide contenue dans le document A/CN.9/754 et Add.1 à 3, modifiée par elle à la présente session (voir plus haut, par. 26 à 28).

29. La Commission a ensuite examiné les parties de projet de rapport que le Groupe de travail avait examinées à sa vingt et unième session: documents A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.3 à 6; section D du document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.7; paragraphes 6 à 46 du document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.8; section B des documents A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.9 et 10, A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.13 et 15; et documents A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.11 et 12, A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.14, A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.16 et 17 et A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.19.

30. En ce qui concerne le document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.3, la Commission est convenue:

a) De déplacer la référence aux mesures et régimes du Conseil de sécurité du paragraphe 9 vers le commentaire de l'article 3 et de veiller à ce que les obligations qui découlent de ces mesures et régimes soient également notées dans le commentaire de l'article 8;

b) D'ajouter à la dernière phrase du paragraphe 15 une référence aux accords internationaux;

c) De supprimer la deuxième phrase du paragraphe 24;

d) D'éviter d'utiliser le mot "auteur" en modifiant le paragraphe 29 conformément aux instructions du Groupe de travail (A/CN.9/745, par. 17 b));

e) De supprimer la référence à "l'exercice de pressions" au paragraphe 39;

f) De supprimer à la dernière phrase du paragraphe 42 les mots "telles que les garanties de soumission".

31. La Commission a approuvé la partie du texte du projet de guide contenue dans le document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.3, modifiée par elle à la présente session (voir ci-dessus, par. 30) et par le Groupe de travail à sa vingt et unième session

---

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

(A/CN.9/745, par. 17). La Commission a également réaffirmé l'importance de traiter dans le Guide de l'adaptation de la Loi type de 2011 à la situation locale.

32. En ce qui concerne le document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.4, la Commission est convenue:

a) De reformuler le paragraphe 9 en le libellant à peu près comme suit: "L'article 8 vise à permettre la participation pleine, sans restriction et internationale à la passation des marchés publics. Il énonce également les situations limitées dans lesquelles l'entité adjudicatrice peut restreindre la participation de certaines catégories de fournisseurs ou d'entrepreneurs à des procédures de passation de marchés, notamment [renvoyer au commentaire qui traite des sanctions ou des mesures de lutte contre le terrorisme prévues à l'article 3, et de la mise en œuvre de politiques socioéconomiques]. Toute restriction de ce type à la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à une procédure de passation de marché risque de contrevenir aux engagements des États en matière de libre-échange en vertu d'instruments internationaux pertinents tels que l'Accord sur les marchés publics de l'Organisation mondiale du commerce. Les paragraphes 3 à 5 de l'article prévoient des garanties procédurales lorsqu'une telle restriction est imposée."

b) D'expliquer à la fin du paragraphe 17 qu'il ne faut pas énoncer d'exigences inutiles afin d'empêcher ou de restreindre la participation internationale, et d'inclure des exemples, tels que i) l'obligation pour les entités étrangères d'établir une présence locale avant de pouvoir participer à une procédure de passation de marché, ou ii) des exigences fiscales superflues;

c) De veiller à la concordance de l'examen des termes "information fallacieuse" et "substantiel" dans l'ensemble du Guide.

33. La Commission a approuvé la partie du texte du projet de guide contenue dans le document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.4, modifiée par elle à la présente session (voir ci-dessus, par. 32) et par le Groupe de travail à sa vingt et unième session (A/CN.9/745, par. 18).

34. En ce qui concerne le paragraphe 30 du document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.5 et le paragraphe 19 j) du rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa vingt et unième session (A/CN.9/745), la Commission est convenue, lorsqu'elle donnerait suite aux recommandations du Groupe de travail, de produire un commentaire équilibré sur l'utilisation des garanties de soumission et de ne pas se référer spécifiquement aux petites et moyennes entreprises. Au lieu de cela, le Guide indiquerait clairement qu'exiger une garantie de soumission ne devrait pas être considéré comme la norme et que l'entité adjudicatrice devrait envisager au cas par cas toutes les implications (positives et négatives) d'une telle exigence avant de décider s'il y a lieu d'imposer une telle condition. Il a été souligné qu'il faudrait préciser dans le Guide que cette référence au "cas par cas" concernait les différences de situations et non les différences de pratiques d'un État à l'autre. Il a été souligné en outre qu'il ne faudrait pas négliger, dans le commentaire de l'article 17 de la Loi type de 2011, une des raisons d'être d'une garantie de soumission: lever les inquiétudes de l'entité adjudicatrice quant aux qualifications des fournisseurs et entrepreneurs et à leurs capacités de participer à une procédure de passation.

35. La Commission a approuvé la partie du texte du projet de guide contenue dans le document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.5, modifiée par elle à la présente session

(voir ci-dessus, par. 34) et par le Groupe de travail à sa vingt et unième session (A/CN.9/745, par. 19).

36. En ce qui concerne le commentaire de l'article 20, dans le document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.6, des préoccupations ont été exprimées quant à l'utilisation des expressions "justifier le prix indiqué" et "procédure de justification". Il a été suggéré de remplacer le paragraphe 6 de ce document par le libellé suivant: "La première condition est de demander par écrit au fournisseur ou à l'entrepreneur concerné de préciser sur quelle base le prix a été établi et de confirmer à cet égard les éléments supplémentaires permettant à l'entité adjudicatrice de déterminer si le fournisseur ou l'entrepreneur sera à même d'exécuter le marché au prix soumis." Des préoccupations ont été exprimées selon lesquelles le libellé proposé pourrait donner à penser que les informations demandées pourraient porter également sur les coûts, ce qui va à l'encontre des paragraphes suivants du Guide tels que modifiés par le Groupe de travail à sa vingt et unième session (A/CN.9/745, par. 20). La Commission a chargé le Secrétariat de réviser le commentaire de l'article 20 de manière à y inclure les principes de l'ajout proposé, mais sans donner à penser que des informations sur les coûts pourraient être demandées.

37. La Commission est convenue de remplacer au paragraphe 14 du document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.6 l'expression "contient une liste exhaustive des motifs" par l'expression "énonce les motifs en vertu de la Loi type" et de supprimer au paragraphe 48 du même document le renvoi au système d'exclusion de la Banque mondiale.

38. La Commission est convenue de réviser le paragraphe 18 du document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.6 de manière à dire expressément que la Loi type de 2011 n'exige pas de définir les conflits d'intérêts ou l'avantage concurrentiel injuste; si toutefois l'État envisage de définir ces concepts, il voudra peut-être tenir compte des questions soulevées au paragraphe 20 h) du document A/CN.9/745. Il a également été souligné que le Guide devrait préciser que les autorités compétentes de l'État pourraient être amenées à déterminer au cas par cas ce qui constitue un avantage concurrentiel injuste.

39. La Commission a approuvé la partie du texte du projet de guide contenue dans le document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.6, modifiée par elle à la présente session (voir ci-dessus, par. 36 à 38) et par le Groupe de travail à sa vingt et unième session (A/CN.9/745, par. 20).

40. En ce qui concerne le document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.8, la Commission est convenue:

a) De modifier le titre précédant le paragraphe 6 afin d'en refléter plus clairement le contenu, d'appeler l'attention du lecteur sur la portée du commentaire qu'il contient et d'y remanier l'ordre des phrases;

b) De remplacer à la fin du paragraphe 11 le membre de phrase "ne pourront obtenir" par l'expression "n'auront pas le droit, en vertu de l'article 38, d'obtenir";

c) De préciser que l'avant-dernière phrase du paragraphe 24 vise la situation où une panne de système survient avant que l'entité adjudicatrice ne reçoive une offre.

41. La Commission a approuvé la partie du texte du projet de guide contenue dans le document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.8, modifiée par elle à la présente session (voir ci-dessus, par. 40) et par le Groupe de travail à sa vingt et unième session (A/CN.9/745, par. 22).

42. En ce qui concerne le document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.13, une question a été soulevée quant à la référence aux “services et travaux”, au paragraphe 21. En réponse, il a été précisé que, même si dans l’ensemble de la Loi type de 2011 on utilisait systématiquement le terme “objet du marché” plutôt que de renvoyer expressément à des “biens, travaux et services”, ces mots étaient toujours utilisés dans le projet de guide lorsque c’était opportun et nécessaire. Il a également été noté que, dans le document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.3, le paragraphe 4 du commentaire de l’article 2, portant sur la définition de l’objet du marché, contenait des descriptions de ces trois termes inspirées de celles figurant dans la Loi type de 1994.

43. En ce qui concerne le document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.14, on a noté avec préoccupation que dans la version chinoise du texte, les termes “enchère électronique inversée” et “enchère” étaient utilisés indifféremment, ce qui pourrait porter à confusion en Chine, où ces deux termes ont une signification distincte. Il a été noté que le texte chinois du Guide et celui des autres versions linguistiques devraient être vérifiés par rapport à la version anglaise.

44. En ce qui concerne le document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.16, la Commission a confirmé l’accord auquel avait abouti le Groupe de travail, exprimé au paragraphe 30 d) du document A/CN.9/745.

45. La Commission a approuvé les autres parties du projet de guide, modifiées par le Groupe de travail à sa vingt et unième session (A/CN.9/745). Il a été convenu de rendre les renvois du Guide aux dispositions de la Loi type de 2011 plus faciles à utiliser en faisant référence dans l’ensemble du Guide à des articles précis et non seulement à des chapitres.

## B. Adoption d’un Guide pour l’incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics

46. La Commission, après avoir examiné le texte du projet de guide, a adopté la décision suivante à sa 949e séance, le 28 juin 2012:

> “*La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*,
>
> *Rappelant* que, dans sa résolution 2205 (XXI) du 17 décembre 1966, l’Assemblée générale lui a donné pour mandat d’encourager l’harmonisation et l’unification progressives du droit commercial international et, ce faisant, de prendre en considération l’intérêt qu’ont tous les peuples, particulièrement ceux des pays en développement, à voir le commerce international se développer largement,
>
> *Notant* que la passation de marchés représente une part considérable des dépenses publiques de la plupart des États,

*Rappelant* qu'elle a adopté la Loi type sur la passation des marchés publics à sa quarante-quatrième session, en 2011[4],

*Remerciant* le Groupe de travail I (Passation de marchés) d'avoir élaboré le projet de guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics,

*Notant* que le projet de guide a fait l'objet des délibérations voulues et de consultations étendues avec les gouvernements et les organisations internationales intéressées, et qu'on peut donc s'attendre à ce que le Guide facilite grandement la compréhension, l'adoption, l'interprétation et l'application de la Loi type, et contribue ainsi de façon appréciable à la mise en place d'un cadre juridique moderne et harmonisé pour la passation des marchés publics,

*Remerciant* Tore Wiwen-Nilsson, Président du Groupe de travail I (Passation de marchés), d'avoir dirigé avec autant de compétence les travaux de la CNUDCI sur la Loi type et le Guide,

1. *Adopte* le Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, qui figure dans les documents A/CN.9/WG.I/WP.79 et Add.1 à 19 tels que modifiés par le Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa vingt et unième session et par la Commission à sa session en cours, et dans les documents A/CN.9/754 et Add.1 à 3 tels que modifiés par la Commission à sa session en cours, et autorise le Secrétariat à éditer et finaliser le texte du Guide en tenant compte du rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa vingt et unième session et des délibérations qu'elle a tenues à la présente session, consignées dans le présent rapport;

2. *Prie* le Secrétaire général de publier la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics et son Guide pour l'incorporation dans le droit interne, notamment sous forme électronique, et d'en assurer une large diffusion auprès des gouvernements et des autres organismes intéressés;

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

4. *Recommande* que le Guide pour l'incorporation soit dûment pris en compte par les États lorsqu'ils évalueront leurs nécessités en matière de réforme du droit des marchés publics, adopteront des lois sur les marchés publics ou modifieront leur législation en la matière, ainsi que par les autres parties prenantes à des procédures de passation de marchés publics;

5. *Approuve* les efforts que déploie son secrétariat pour suivre l'évolution des pratiques et diffuser des informations concernant l'utilisation de la Loi type et du Guide, notamment en portant à son attention des questions ainsi soulevées pouvant indiquer que d'autres travaux de la CNUDCI dans le domaine des marchés publics pourraient être appropriés;

---

[4] Ibid., *soixante-sixième session, Supplément n° 17* (A/66/17), par. 192.

6. *Rappelle* dans ce contexte l'importance d'une coordination entre les divers organismes s'occupant de la réforme de la passation des marchés et d'autres mécanismes visant à promouvoir une application effective et une interprétation uniforme de la Loi type et approuve les efforts déployés et les initiatives prises par son secrétariat pour accroître la coordination et la coopération entre la Commission et les autres organes et organisations internationaux, y compris les organisations régionales, qui s'occupent de réforme du droit des marchés, afin d'éviter tout chevauchement indésirable d'activités et tous résultats divergents, incohérents ou contradictoires dans la modernisation et l'harmonisation du droit des marchés publics;

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

# IV. Finalisation et adoption des 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, tel que révisé en 2010

47. La Commission 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" (les "recommandations de 1982")[5]. Elle avait élaboré les recommandations de 1982 pour faciliter l'utilisation du Règlement de 1976[6] 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 offrait des services administratifs dans le cadre d'arbitrages ad hoc relevant du Règlement[7]. Elle a également rappelé qu'à sa quarante-troisième session, en 2010, elle avait chargé le Secrétariat d'élaborer, compte tenu du rôle étendu accordé aux autorités de nomination, des recommandations analogues en ce qui concerne la version révisée en 2010 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI[8] pour qu'elle les examine à une session future. À cette session, il avait été dit que les recommandations permettraient de promouvoir l'utilisation du Règlement et que les institutions d'arbitrage du monde entier seraient davantage disposées à accepter de servir d'autorités de nomination si elles pouvaient s'appuyer sur de telles lignes directrices. La Commission a également rappelé qu'elle était convenue que les recommandations relatives au Règlement d'arbitrage de 2010 devraient suivre le modèle des recommandations de 1982[9].

48. À sa quarante-quatrième session, en 2011, la Commission a été informée que les recommandations étaient en cours d'élaboration, conformément à la décision

---

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

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

7 Ibid., *trente-sixième session, Supplément n° 17* (A/36/17), par. 50 à 59.

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

9 Ibid., par. 189.

qu'elle avait prise à sa quarante-troisième session en 2010 (voir plus haut, par. 47). À sa quarante-quatrième session, la Commission a prié le Secrétariat d'établir un projet de recommandations qu'elle examinerait à une session future, de préférence dès 2012[10].

49. À sa session en cours, la Commission était saisie: a) d'un projet de 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 révisé en 2010 (A/CN.9/746 et Add.1); et b) d'une compilation des commentaires reçus des gouvernements (A/CN.9/747 et Add.1).

50. Le projet de recommandations a été présenté oralement à la Commission. Celle-ci a été informée que le texte avait été établi par le Secrétariat après consultation des institutions d'arbitrage et que dans ce cadre, un questionnaire sur l'utilisation du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, élaboré en coopération avec la International Federation of Commercial Arbitration Institutions (IFCAI), avait été envoyé à diverses institutions d'arbitrage dans le monde. La Commission a également été informée que la note de bas de page 4 du document A/CN.9/746 contenait une liste des institutions qui avaient participé au processus de consultation. Elle a également été informée qu'il convenait d'ajouter à cette liste le Centre international de conciliation et d'arbitrage du Qatar. Le Secrétariat lui a fait savoir qu'il faudrait, au paragraphe 17 du document A/CN.9/746, après les mots "les dispositions de l'article 40 f) ne s'appliquent pas", insérer une note de bas de page supplémentaire rédigée comme suit:

> "Une institution arbitrale peut toutefois conserver l'article 40 f) si elle ne fait pas fonction d'autorité de nomination. Ainsi, l'article 43-2 h) du Règlement d'arbitrage du Centre international de conciliation et d'arbitrage du Qatar (en vigueur depuis le 1er mai 2012), fondé sur le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI révisé en 2010, prévoit ce qui suit: 'Les honoraires et frais de l'autorité de nomination au cas où le Centre n'est pas désigné en tant qu'autorité de nomination.'"

51. La Commission a prié le Secrétariat de continuer de suivre l'application par les institutions d'arbitrage et d'autres organismes du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 2010.

## A. Examen du projet de 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, tel que révisé en 2010

52. La Commission s'est félicitée du projet de recommandations, soulignant son utilité pour les institutions d'arbitrage et les autres organismes concernés par des procédures arbitrales.

---

[10] Ibid., *soixante-sixième session, Supplément n° 17* (A/66/17), par. 204.

**Recommandation de laisser le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI inchangé quant au fond**

53. Une observation a été faite en ce qui concerne la recommandation, aux paragraphes 7 et 8 du document A/CN.9/746, de laisser le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI inchangé quant au fond. Il a été dit qu'on ne pouvait pas exclure que certaines institutions d'arbitrage puissent utiliser le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI comme base pour leur propre règlement quant au fond mais sans en suivre fidèlement le texte. En réponse, il a été dit que conformément au mandat donné au Secrétariat (voir plus haut, par. 47), le projet de recommandations suivait le même modèle que les recommandations de 1982, qui contenaient la même recommandation. Il a également été souligné que, comme le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI lui-même, le projet de recommandations était souple et que la recommandation de suivre de près quant au fond le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI ne revenait pas à exclure la possibilité de prendre en compte si nécessaire des besoins particuliers résultant de circonstances locales.

**Présentation des modifications**

54. On a fait observer que le Règlement d'arbitrage était soumis au droit interne et qu'une institution pouvait donc devoir l'adapter en fonction du droit de l'arbitrage de l'État concerné. Il a été proposé d'examiner si la liste de modifications figurant aux paragraphes 9 à 17 du document A/CN.9/746 devrait également mentionner ce point. En réponse, il a été dit que le projet de recommandations était soumis au droit applicable et ne visait pas à interférer avec celui-ci.

**Date d'entrée en vigueur**

55. Au paragraphe 11 du document A/CN.9/746, il était dit que le paragraphe 2 de l'article premier du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 2010 fixait la date d'entrée en vigueur du Règlement. Selon un avis, ce libellé pouvait prêter à confusion, puisque le paragraphe 2 de l'article premier du Règlement de 2010 contenait une présomption concernant le Règlement en vigueur à la date à laquelle commençait l'arbitrage. Une délégation a donc proposé de modifier le libellé du paragraphe 11 pour éviter toute confusion mais cette proposition n'a pas été adoptée.

**Nomination d'un arbitre unique**

56. Le paragraphe 40 du document A/CN.9/746/Add.1 expliquait qu'en vertu du paragraphe 2 de l'article 7 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 2010, l'autorité de nomination pouvait nommer un arbitre unique si aucune autre partie n'avait répondu à la proposition d'une partie de nommer un arbitre unique et si aucune partie n'avait nommé de deuxième arbitre. Il a été convenu de remplacer, à la cinquième phrase du paragraphe 40, le membre de phrase "il est demandé à l'autorité de nomination d'intervenir" par l'expression "l'autorité de nomination devra de toute manière intervenir".

**Nomination d'un tribunal arbitral de trois membres**

57. Le paragraphe 44 du document A/CN.9/746/Add.1 renvoyait aux éléments qu'une autorité de nomination pourrait prendre en considération en désignant

l'arbitre-président en application du paragraphe 3 de l'article 9 du Règlement de 2010. Afin de suivre de plus près le libellé du paragraphe 7 de l'article 6 du Règlement de 2010, faisant référence à l'opportunité de nommer un arbitre d'une nationalité autre que celle des parties, il a été convenu de remplacer les mots "il est tenu compte, entre autres facteurs" par "il peut être tenu compte, entre autres facteurs". Il a également été convenu d'aligner le membre de phrase "dont il est recommandé qu'elle diffère de celle des parties" et le libellé similaire figurant au paragraphe 38 ("recommande en outre de nommer un arbitre d'une nationalité autre que celle des parties") sur le texte du paragraphe 7 de l'article 6 du Règlement de 2010, soulignant qu'il y a lieu de "tenir compte du fait qu'il peut être souhaitable de nommer un arbitre d'une nationalité différente de celle des parties".

**Remplacement d'un arbitre**

58. Il a été souligné que la dernière phrase du paragraphe 53 du document A/CN.9/746/Add.1 avait pour objet de donner des exemples de circonstances exceptionnelles dans lesquelles une partie serait privée de son droit de nommer un arbitre. Étant donné que le Règlement de 2010 s'abstenait de fournir des critères pour déterminer ces circonstances, il a été convenu de supprimer la dernière phrase du paragraphe 53.

59. Au paragraphe 54 du document A/CN.9/746/Add.1, afin de préciser qu'une autorité de nomination n'autoriserait un tribunal incomplet à poursuivre l'arbitrage qu'après la clôture des audiences, il a été convenu de remplacer au début de la deuxième phrase le mot "Si" par les mots "Étant entendu que".

60. Le paragraphe 54 mentionnait le droit applicable comme autre facteur à prendre en considération par l'autorité de nomination pour décider s'il convenait d'autoriser un tribunal incomplet à poursuivre l'arbitrage en vertu de l'alinéa b) du paragraphe 2 de l'article 14 du Règlement de 2010. En réponse à une question, il a été précisé que l'expression "droit applicable" visait à désigner le droit applicable à la procédure d'arbitrage ou le droit du siège de l'arbitrage, et aussi le droit du lieu où l'exécution était demandée. Il a été décidé de remplacer l'expression "le droit applicable" par l'expression "les lois applicables".

**Mécanisme d'examen**

61. Afin de suivre de plus près le libellé du paragraphe 4 b) de l'article 41 du Règlement de 2010, il a été convenu d'ajouter au début de la sixième phrase du paragraphe 58 du document A/CN.9/746/Add.1 les mots "Si aucune autorité de nomination n'a été choisie d'un commun accord ni désignée, ou".

62. La Commission est convenue de remplacer dans la deuxième phrase du paragraphe 60 du document A/CN.9/746/Add.1 l'expression "dans son examen" par le membre de phrase "s'il convient d'ajuster les honoraires et dépenses".

63. Compte tenu de l'importance des recommandations, la Commission a souligné la nécessité de pouvoir en disposer sous forme imprimée et sous forme électronique.

## B. Adoption des 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, tel que révisé en 2010

64. La Commission, après avoir examiné le texte du projet de recommandations, a adopté la décision suivante à sa 952e séance, le 2 juillet 2012:

"*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 (CNUDCI) dans le but de promouvoir 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* les résolutions 31/98 du 15 décembre 1976 et 65/22 du 6 décembre 2010, dans lesquelles l'Assemblée générale recommandait l'utilisation du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI pour le règlement des litiges nés dans le cadre des relations commerciales internationales,

*Reconnaissant* l'utilité de l'arbitrage comme méthode de règlement de tels litiges,

*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, notamment 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, dans toutes les régions du monde,

*Reconnaissant* la valeur des recommandations de 1982,

*Reconnaissant aussi* la nécessité de publier 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 (révisé en 2010),

*Estimant* que 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 (révisé en 2010) amélioreront considérablement l'efficacité des arbitrages régis par le Règlement,

*Notant* que le projet de recommandations a fait l'objet des délibérations voulues et de consultations étendues avec les gouvernements, les institutions d'arbitrage et les organismes intéressés,

*Remerciant* le Secrétariat d'avoir élaboré le projet de recommandations,

*Convaincue* que le projet de recommandations, modifié par la Commission à sa quarante-cinquième session, agrée aux institutions d'arbitrage et autres organismes intéressés dans des pays aux systèmes

juridiques, sociaux et économiques différents, et peut contribuer de façon appréciable à la mise en place d'un cadre juridique harmonisé pour un règlement juste et efficace des litiges du commerce international et au développement de relations économiques internationales harmonieuses,

1. *Adopte* 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 (révisé en 2010), figurant à l'annexe I du présent rapport[11];

2. *Recommande* l'utilisation des recommandations aux fins du règlement des litiges nés dans le cadre des relations commerciales internationales;

3. *Prie* le Secrétaire général de transmettre largement les recommandations aux gouvernements en leur demandant d'en communiquer le texte aux institutions d'arbitrage et autres organismes intéressés afin de le faire largement connaître et d'en assurer une diffusion étendue;

4. *Prie également* le Secrétaire général de publier les recommandations, notamment sous forme électronique, et de ne ménager aucun effort pour qu'elles soient portées à la connaissance et mises à la disposition du plus grand nombre."

# V. Arbitrage et conciliation

## A. Rapport d'activité du Groupe de travail II

65. Conformément à une décision prise par la Commission à sa quarante-troisième session, en 2010[12], le Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) a commencé ses travaux d'élaboration d'une norme juridique sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités à sa cinquante-troisième session, tenue à Vienne du 4 au 8 octobre 2010, et les a poursuivis à sa cinquante-quatrième session, tenue à New York du 7 au 11 février 2011, à sa cinquante-cinquième session, tenue à Vienne du 3 au 7 octobre 2011, et à sa cinquante-sixième session, tenue à New York du 6 au 10 février 2012.

66. À sa session en cours, la Commission était saisie des rapports du Groupe de travail sur les travaux de ses cinquante-cinquième et cinquante-sixième sessions (A/CN.9/736 et A/CN.9/741, respectivement). Elle a noté qu'à sa cinquante-cinquième session, le Groupe de travail avait achevé sa première lecture du projet de norme juridique sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités, sur la base de notes établies par le Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.166 et Add.1 et A/CN.9/WG.II/WP.167). Elle a noté en outre qu'à sa cinquante-sixième session, le Groupe de travail avait commencé sa deuxième lecture du projet de norme juridique, en se fondant sur des notes établies par le Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.169 et Add.1 et A/CN.9/WG.II/WP.170 et Add.1).

---

[11] Ibid., *soixante-septième session, Supplément n° 17* (A/67/17), annexe I.

[12] Ibid., *soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), par. 190 et 191.

67. La Commission a félicité le Secrétariat pour la qualité de la documentation établie à l'intention du Groupe de travail. Des préoccupations ont été exprimées concernant les progrès du Groupe de travail, étant donné que les travaux de sa cinquante-sixième session sur l'article premier du projet de règlement avaient porté principalement sur le champ d'application du Règlement sur la transparence, considéré par certaines délégations comme une simple question de forme (voir A/CN.9/741, par. 13 à 102). Certaines délégations ont demandé que le Groupe de travail soit prié de terminer ses travaux en vue d'un examen par la Commission à sa prochaine session. Il a été répondu à cela que la décision concernant le champ d'application était une question très complexe et délicate et non une simple question de forme, puisqu'elle influerait sur le contenu du règlement. On pouvait se convaincre de la complexité de la question en lisant le paragraphe 59 du rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa cinquante-sixième session. Il a été dit que rapprocher les différentes opinions exprimées au sein du Groupe de travail en ce qui concerne le champ d'application nécessiterait des solutions créatives et que le Groupe de travail ne devrait pas être mis inutilement sous pression.

68. Il a été dit que la question de l'applicabilité du Règlement sur la transparence dans le contexte des traités d'investissement existants et futurs était complexe et délicate et devrait être examinée avec soin. Il s'agissait de questions d'interprétation des traités et on a souligné de nouveau qu'en formant les délégations en vue des sessions du Groupe de travail consacrées à ce projet, les États membres et les observateurs devaient s'efforcer de réunir les meilleurs spécialistes du droit des traités et de l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités[13].

69. La Commission a réaffirmé qu'il importait d'assurer la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités, comme elle l'avait souligné à sa quarante et unième session, en 2008, et à sa quarante-quatrième session, en 2011[14], et prié le Groupe de travail de poursuivre ses efforts et d'achever ses travaux concernant le Règlement sur la transparence afin qu'elle puisse examiner le texte, de préférence à sa prochaine session.

## B. Travaux futurs dans le domaine du règlement des litiges commerciaux

70. La Commission a rappelé qu'elle était convenue à sa session précédente, en 2011, que l'Aide-mémoire de la CNUDCI sur l'organisation des procédures arbitrales de 1996[15] devrait être actualisé suite à l'adoption du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 2010[16]. À sa présente session, il a été suggéré que le Groupe de travail soit chargé de cette tâche. À l'issue de la discussion, la Commission a confirmé que la prochaine tâche du Secrétariat dans le domaine du règlement des litiges devrait être la révision de l'Aide-mémoire, comme elle l'avait décidé précédemment. Elle est convenue de décider à une session ultérieure si le

---

13 Ibid., *soixante-troisième session, Supplément n° 17* et rectificatifs (A/63/17 et Corr.1 et 2), par. 314; et ibid., *soixante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/64/17), par. 290.

14 Ibid., *soixante-troisième session, Supplément n° 17* et rectificatifs (A/63/17 et Corr.1 et 2), par. 314; et ibid., *soixante-sixième session, Supplément n° 17* (A/66/17), par. 200.

15 Ibid., *cinquante et unième session, Supplément n° 17* (A/51/17), chap. II.

16 Ibid., *soixante-sixième session, Supplément n° 17* (A/66/17), par. 207.

projet d'aide-mémoire révisé devrait être examiné par le Groupe de travail avant d'être examiné par la Commission.

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

71. La Commission a rappelé ses précédents débats sur la résolution des litiges en ligne[17] et exprimé sa satisfaction quant aux progrès faits par le Groupe de travail III (Règlement des litiges en ligne), dont témoignaient les rapports sur les travaux de ses vingt-quatrième et vingt-cinquième sessions (A/CN.9/739 et A/CN.9/744, respectivement). Elle a félicité le Secrétariat pour les documents de travail et les rapports qu'il avait établis pour ces sessions.

72. La Commission a rappelé qu'à sa quarante-quatrième session, en 2011, elle avait confirmé le mandat du Groupe de travail en ce qui concerne les opérations électroniques internationales entre entreprises et entre entreprises et consommateurs. À cette session, elle avait décidé qu'à titre général, dans le cadre de son mandat, le Groupe devrait également examiner spécifiquement l'impact de ses délibérations sur la protection des consommateurs et lui en rendre compte à sa prochaine session[18].

73. À sa session en cours, la Commission a noté les progrès des délibérations du Groupe de travail concernant le projet de règlement de procédure pour la résolution des litiges survenant dans les opérations électroniques internationales (le "Règlement"). Elle a noté que le Groupe de travail avait décidé de restructurer les dispositions de l'article 4 du projet de règlement concernant l'ouverture de la procédure et de les réexaminer à une séance ultérieure. Elle a noté en outre que le Groupe de travail entendait, au terme de son examen initial du projet de règlement, examiner les principes qui devraient s'appliquer aux prestataires de services de résolution des litiges en ligne et aux tiers neutres.

74. Comme suite à la demande qu'elle avait faite au Groupe de travail de rendre compte de l'impact de ses délibérations sur la protection des consommateurs, la Commission a pris note de l'attention que celui-ci accordait aux questions de protection des consommateurs dans l'ensemble de ses délibérations, ainsi que des avantages que l'on prêtait à la résolution des litiges en ligne en ce qui concerne la promotion des interactions et de la croissance économique dans les régions et entre elles, notamment dans les situations d'après conflit et dans les pays en développement. Selon certains avis, le Groupe de travail n'avait pas encore pleinement rendu compte à la Commission des incidences de ses délibérations sur la protection des consommateurs, en particulier lorsque le consommateur était défendeur dans un litige. Selon d'autres avis, le compte rendu fait par le Groupe de travail à la Commission était suffisant à cet égard.

75. Il a été dit qu'il importait de gagner la confiance des consommateurs et des vendeurs des pays en développement, développés et en situation d'après conflit, et

---

[17] Ibid., *soixante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/64/17), par. 338 et 341 à 343; ibid., *soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), par. 252 à 257; et ibid., *soixante-sixième session, Supplément n° 17* (A/66/17); par. 213 à 218.

[18] Ibid., *soixante-sixième session, Supplément n° 17* (A/66/17), par. 218.

que les petites entreprises ne pourraient dans leur État demander réparation contre des consommateurs étrangers.

76. Selon plusieurs avis, un système mondial de résolution des litiges en ligne devait produire des décisions finales et contraignantes par voie d'arbitrage, et un tel système apporterait beaucoup aux pays en développement et en situation d'après conflit pour les raisons suivantes:

a) Il améliorerait l'accès à la justice en fournissant une méthode efficace, économique et fiable de résolution des litiges là où, dans bien des cas, il n'existait pas de mécanismes judiciaires à l'efficacité avérée permettant de traiter de litiges survenant lors d'opérations internationales de commerce électronique;

b) La croissance économique et le développement du commerce international en seraient favorisés, les parties à ces opérations pouvant compter que leurs litiges seraient traités équitablement et rapidement;

c) Ce système permettrait aux petites et moyennes entreprises des pays en développement d'avoir un meilleur accès aux marchés étrangers et, en cas de litige, atténuerait leur désavantage lorsqu'elles traiteraient avec des parties commercialement plus sophistiquées situées dans d'autres pays et disposant de moyens juridiques et judiciaires plus importants.

77. Les avis suivants ont également été exprimés:

a) Pour ce qui est des litiges entre entreprises et consommateurs, un système caractérisé par des décisions contraignantes, dans la mesure où il ôterait à une partie l'accès aux tribunaux nationaux, se ferait au détriment des droits des consommateurs;

b) Si le règlement sur la résolution des litiges en ligne prévoyait l'arbitrage de litiges entre entreprises et consommateurs, des problèmes se poseraient au stade de la reconnaissance et de l'exécution des décisions de résolution des litiges en ligne du fait que le processus ne prévoyait pas les conditions requises pour l'exécution au moyen de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères[19], adoptée à New York le 10 juin 1958 (la "Convention de New York");

c) Une bonne solution pourrait être de ne rendre les décisions contraignantes que pour les entreprises ou les vendeurs et non pour les consommateurs.

78. Il a également été dit qu'il devrait être envisagé de fixer pour les opérations litigieuses traitées par la résolution des litiges en ligne une gamme de valeurs maximales en fonction du type ou de la catégorie d'opération (on a donné comme exemple d'achat à coût élevé les tarifs aériens) et que le Règlement devrait donner aux parties le choix du for.

79. À l'issue de la discussion, la Commission a décidé ce qui suit:

a) Le Groupe de travail devrait examiner la manière dont le projet de règlement répond aux besoins des pays en développement et de ceux en situation

---

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

d'après conflit, notamment en ce qui concerne la nécessité d'une phase d'arbitrage dans le processus, et en rendre compte à une future session de la Commission;

b) Le Groupe de travail devrait continuer d'inclure dans ses délibérations les effets de la résolution des litiges en ligne sur la protection des consommateurs des pays en développement, développés et en situation d'après conflit, notamment dans les cas où le consommateur est la partie défenderesse dans le processus de résolution de litiges en ligne;

c) Le Groupe de travail devrait continuer d'étudier divers moyens de faire en sorte que le résultat du processus de résolution des litiges en ligne soit effectivement mis en œuvre, y compris l'arbitrage et d'autres solutions pouvant en tenir lieu;

d) Le mandat du Groupe de travail III concernant la résolution des litiges en ligne dans les opérations électroniques internationales portant sur de faibles montants et de gros volumes a été réaffirmé, et le Groupe de travail a été encouragé à poursuivre ses travaux le plus efficacement possible.

# VII. Commerce électronique: rapport d'activité du Groupe de travail IV

80. La Commission a rappelé qu'à sa quarante-quatrième session, en 2011, elle avait chargé le Groupe de travail IV (Commerce électronique) d'entreprendre des travaux dans le domaine des documents transférables électroniques. Il a également été rappelé que la Commission avait noté que ces travaux pourraient notamment porter sur certains aspects d'autres sujets tels que la gestion de l'identité, l'utilisation d'appareils électroniques dans le commerce électronique et les guichets uniques électroniques[20].

81. À sa session en cours, la Commission a noté que le Groupe de travail avait commencé ses travaux sur les documents transférables électroniques à sa quarante-cinquième session, tenue à Vienne du 10 au 14 octobre 2011. Il a également été noté que la quarante-sixième session du Groupe de travail, qui aurait dû se tenir à New York du 13 au 17 février 2012 ou à Vienne du 9 au 13 janvier 2012, avait dû être annulée pour permettre au Secrétariat de rassembler les informations permettant d'établir les documents de travail nécessaires, ainsi qu'en raison de l'incertitude ayant subsisté jusqu'à la fin de 2011 à propos de l'alternance des réunions de la CNUDCI.

82. La Commission a remercié le Groupe de travail IV pour les progrès accomplis, dont il était rendu compte dans le rapport consacré aux travaux de sa quarante-cinquième session (A/CN.9/737), et félicité le Secrétariat pour son travail.

83. Il a été noté que des consultations avaient montré qu'il n'y avait pas de demande des entreprises en matière de documents transférables électroniques dans un État, notamment en raison de craintes d'utilisation frauduleuse, mais aussi que des consultations étaient en cours dans d'autres États. On s'est dit largement favorable à ce que le Groupe de travail poursuive ses travaux sur les documents

---

[20] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 17* (A/66/17), par. 235 et 238.

transférables électroniques. À cet égard, on a insisté sur le fait qu'il était souhaitable de se concentrer sur certaines questions ou certains types de questions intéressant les documents transférables électroniques. On a souligné la nécessité d'un régime international facilitant l'utilisation internationale des documents transférables électroniques.

84. La Commission a été informée qu'en vue de la quarante-sixième session du Groupe de travail, les Gouvernements de la Colombie, de l'Espagne et des États-Unis avaient soumis un document présentant les pratiques en vigueur dans le domaine des documents transférables électroniques et les besoins des entreprises à cet égard.

85. La Commission a pris note d'autres faits survenus dans le domaine du commerce électronique. Elle s'est félicitée de la résolution 68/3 de la Commission économique et sociale pour l'Asie et le Pacifique (CESAP), sur la promotion du commerce électronique et la reconnaissance internationale des données et documents électroniques en vue de faciliter le commerce intrarégional durable et inclusif, adoptée par la CESAP à sa soixante-huitième session, tenue à Bangkok du 17 au 23 mai 2012[21]. Elle a noté que dans cette résolution, la CESAP encourageait tous ses membres et membres associés à tenir compte des normes internationales existantes établies par les organismes pertinents des Nations Unies tels que la CNUDCI et d'autres organisations internationales, et à les adopter autant que possible afin de faciliter l'interopérabilité de tels systèmes. Elle a prié le Secrétariat de collaborer étroitement avec la CESAP, notamment au moyen du Centre régional de la CNUDCI pour l'Asie et le Pacifique.

86. En ce qui concerne les questions juridiques liées aux guichets uniques électroniques, la Commission s'est félicitée de la coopération entre le Secrétariat et d'autres organisations. Elle s'est félicitée en particulier du Guide sur le renforcement des capacités de traitement des questions juridiques liées aux guichets uniques électroniques, élaboré conjointement par le Réseau d'experts des Nations Unies pour le commerce sans papier en Asie-Pacifique, la CESAP et la Commission économique des Nations Unies pour l'Europe, avec une contribution du Secrétariat quant au fond.

87. La Commission a pris note d'une déclaration du secrétariat de l'OMD dans laquelle celui-ci a noté que les guichets uniques électroniques jouaient un rôle de plus en plus important dans la facilitation du commerce, notamment à l'échelle internationale et pour les échanges entre entreprises, et s'est félicité de la contribution que la Commission apportait à l'élaboration de normes juridiques en la matière. Dans sa déclaration, le secrétariat de l'OMD a également noté les progrès accomplis par le Groupe de travail IV en ce qui concerne les documents transférables électroniques, soulignant qu'il importait de disposer de ces documents pour améliorer la qualité des données fournies aux guichets uniques électroniques et donc aussi d'un cadre juridique uniforme prévisible facilitant la communication de ces données. Enfin, il s'est félicité du rôle que la Commission jouait en coordonnant l'action des divers organismes s'occupant de normes juridiques pour le commerce électronique, préparant ainsi un cadre juridique harmonisé qui pourra compléter les efforts faits au niveau technique.

---

[21] *Documents officiels du Conseil économique et social, 2012, Supplément n° 19* (E/2012/39).

88. La Commission a été informée des faits nouveaux concernant la coopération entre la CNUDCI et le Centre des Nations Unies pour la facilitation du commerce et les transactions électroniques (CEFACT-ONU), et en particulier de la recommandation n° 37 du CEFACT-ONU sur l'interopérabilité des documents numériques signés. À cet égard, la Commission a pris note de la décision prise par le CEFACT-ONU à sa dix-huitième session, tenue à Genève du 15 au 17 février 2012, d'entreprendre d'établir un cadre pour la gouvernance en cours sur l'interopérabilité de la signature numérique en coordination avec la CNUDCI, l'Organisation internationale de normalisation (ISO) et d'autres organisations intéressées. Elle a prié le Secrétariat de prendre des mesures appropriées pour coopérer avec le CEFACT-ONU, en y associant éventuellement le Groupe de travail.

89. S'agissant des questions juridiques liées à la gestion de l'identité, la Commission a été informée que l'Association du barreau américain (American Bar Association) avait soumis en vue d'un examen éventuel à la quarante-sixième session du Groupe de travail IV un document présentant la question de la gestion de l'identité, son rôle dans le commerce électronique, ainsi que des questions juridiques connexes et les obstacles rencontrés.

90. Après discussion, la Commission a réaffirmé que le mandat du Groupe de travail portait sur les documents transférables électroniques et prié le Secrétariat de continuer de rendre compte des faits nouveaux concernant le commerce électronique.

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

91. La Commission a rappelé qu'à sa quarante-troisième session, en 2010, elle avait fait sienne la recommandation formulée par le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) au paragraphe 104 du document A/CN.9/691, selon laquelle des travaux devraient être entamés sur deux thèmes, 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) l'élaboration de lignes directrices sur l'interprétation et l'application de certains concepts de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale[22] (la "Loi type sur l'insolvabilité internationale") en rapport avec le centre des intérêts principaux et, éventuellement, d'une loi type ou de dispositions types sur le droit de l'insolvabilité traitant certains problèmes se posant dans un contexte international, dont la compétence, l'accès et la reconnaissance, d'une manière qui n'exclurait pas l'élaboration d'une convention; et b) les obligations des dirigeants d'une entreprise sur le point d'être insolvable[23].

92. Le Groupe de travail a commencé ses travaux sur ces deux thèmes à sa trente-neuvième session, tenue à Vienne du 6 au 10 décembre 2010 et poursuivi ses délibérations à sa quarantième session, tenue à Vienne du 31 octobre au 4 novembre 2011, et à sa quarante et unième session, tenue à New York du 30 avril au 4 mai

---

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

[23] Ibid., *soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), par. 259.

2012. La Commission était saisie des rapports du Groupe de travail sur les travaux de ses quarantième et quarante et unième sessions (A/CN.9/738 et A/CN.9/742, respectivement).

93. À sa session en cours, la Commission a noté les progrès accomplis en ce qui concerne les deux thèmes mentionnés ci-dessus au paragraphe 91, relevant que les travaux sur le premier étaient bien avancés et pourraient être achevés suffisamment tôt pour envisager qu'elle les examine et les adopte à sa quarante-sixième session, en 2013. La Commission a aussi noté que même si ces travaux prenaient la forme de révisions du Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale[24], ils ne modifieraient pas le texte même de celle-ci mais fourniraient des orientations sur son utilisation et son interprétation.

94. La Commission a noté également que même si le Groupe de travail avait envisagé la possibilité d'ajouter des indications concernant les groupes d'entreprises dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, bien que le texte ne s'applique pas en tant que tel aux groupes d'entreprises, il avait été convenu que des renvois pourraient être insérés dans la troisième partie du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité[25], qui portait précisément sur le traitement des groupes d'entreprises.

95. La Commission s'est déclarée satisfaite des progrès accomplis par le Groupe de travail, dont il était rendu compte dans les rapports sur les travaux de ses quarantième et quarante et unième sessions. Elle a également félicité le Secrétariat pour l'excellente qualité des documents de travail et rapports établis pour ces sessions.

96. La Commission a ensuite examiné une question ayant trait au projet de texte sur le thème a) mentionné au paragraphe 91 ci-dessus, que le Groupe de travail avait examiné à sa quarante et unième session (A/CN.9/742, par. 12 à 72). Ce texte s'inspire du contenu du document intitulé "Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale: le point de vue du juge"[26], qu'elle a adopté à sa quarante-quatrième session[27] en 2011. Dans la mesure où le texte actuellement en cours d'élaboration par le Groupe de travail suit et modifie le contenu du document précité, notamment en ce qui concerne l'interprétation et l'application de la notion de "centre des intérêts principaux", la Commission est convenue que, par souci de cohérence, le document sur le point de vue du juge devrait être révisé parallèlement aux travaux actuels du Groupe de travail et, si possible, lui être soumis pour adoption en même temps que ce nouveau texte sur le thème a) mentionné ci-dessus au paragraphe 91.

---

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

[25] Disponible en anglais à l'adresse www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/insolvency.html.

[26] Ibid.

[27] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 17* (A/66/17), par. 198.

# IX. Sûretés: rapport d'activité du Groupe de travail VI

97. La Commission a rappelé ses débats antérieurs concernant l'élaboration d'un texte sur l'inscription des sûretés réelles mobilières[28]. À sa session en cours, elle était saisie des rapports du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de sa vingtième session, tenue à Vienne du 12 au 16 décembre 2011, et de sa vingt et unième session, tenue à New York du 14 au 18 mai 2012 (A/CN.9/740 et A/CN.9/743, respectivement).

98. La Commission a noté qu'à sa vingtième session, le Groupe de travail était convenu que le texte en cours d'élaboration prendrait la forme d'un guide (le "projet de guide sur le registre") contenant un commentaire et des recommandations comme le Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties[29] (le "Guide sur les opérations garanties") et que, lorsque le texte présenterait des options, il fournirait des exemples de règles types dans une annexe (A/CN.9/740, par. 18). Il a aussi été noté que le Groupe de travail était convenu que le projet de guide sur le registre prendrait la forme d'un texte distinct, autonome et complet, conforme au Guide sur les opérations garanties.

99. La Commission a noté en outre qu'à sa vingt et unième session, le Groupe de travail avait approuvé quant au fond les recommandations du projet de guide sur le registre, ainsi que des exemples de formulaires d'inscription, et qu'il était convenu de finaliser le projet afin de le lui soumettre pour adoption à sa quarante-sixième session, en 2013 (A/CN.9/743, par. 73).

100. La Commission a remercié le Groupe de travail pour les progrès considérables accomplis dans ses travaux et le Secrétariat pour son aide efficace. Elle a prié le Groupe de travail d'avancer rapidement dans ses travaux et de les achever pour que le projet lui soit soumis à sa quarante-sixième session, en 2013, en vue de son approbation et de son adoption définitives.

101. Pour ce qui est des travaux futurs, la Commission a noté que le Groupe de travail, à sa vingt et unième session, était convenu de proposer à la Commission de le charger d'élaborer une loi type sur les opérations garanties fondée sur les recommandations générales du Guide sur les opérations garanties et conforme à l'ensemble des textes de la CNUDCI sur les opérations garanties. Elle a aussi noté que le Groupe de travail était également convenu de lui proposer que la question des sûretés réelles mobilières sur les titres non intermédiés reste inscrite à son programme de travaux futurs et soit examinée à une session ultérieure (A/CN.9/743, par. 76).

102. La Commission a rappelé qu'à sa quarante-troisième session, en 2010, elle était convenue que les sujets mentionnés ci-dessus resteraient inscrits au programme des travaux futurs du Groupe de travail afin qu'elle puisse les examiner plus avant à une session ultérieure[30]. Elle a donc examiné les propositions du Groupe de travail.

103. De l'avis général, une loi type simple, courte et concise sur les opérations garanties pouvait compléter utilement le Guide sur les opérations garanties et serait

---

[28] Ibid., par. 223 à 226.

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

[30] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), par. 267 et 268.

très utile pour répondre aux besoins des États et promouvoir l'application du Guide. La préoccupation a été exprimée qu'une loi type pourrait limiter la souplesse qu'auraient les États pour tenir compte des spécificités de leur tradition juridique, mais de l'avis général, une telle loi pouvait être rédigée de manière suffisamment souple pour être adaptée à diverses traditions juridiques. On a en outre appuyé l'avis selon lequel une loi type pourrait aider considérablement les États à traiter des questions urgentes liées à l'accès au crédit et à l'inclusion financière, en particulier des petites et moyennes entreprises.

104. Quant à la question des sûretés réelles mobilières sur les titres non intermédiés, il a été largement estimé que celle-ci méritait d'être examinée plus avant. La Commission a noté que les titres non intermédiés, autrement dit non crédités sur un compte de titres, étaient utilisés en garantie de crédits dans les opérations financières commerciales mais exclus du champ d'application du Guide sur les opérations garanties (voir recommandation 4, alinéas c) à e)), de la Convention d'UNIDROIT sur les règles matérielles relatives aux titres intermédiés de 2009[31] et de la Convention de La Haye sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire de 2006.

105. À l'issue de la discussion, la Commission est convenue qu'une fois achevé le projet de guide sur le registre, le Groupe de travail commencerait à élaborer une loi type simple, courte et concise sur les opérations garanties, fondée sur les recommandations générales du Guide sur les opérations garanties et conforme à l'ensemble des textes de la CNUDCI sur les opérations garanties. Il a également été convenu que, conformément à la décision prise par la Commission à sa quarante-troisième session en 2010 (voir plus haut, par. 102), la question des sûretés réelles mobilières sur les titres non intermédiés, autrement dit non crédités sur un compte de titres, resterait inscrite au programme des travaux futurs afin d'être examinée plus avant, sur la base d'une note élaborée par le Secrétariat, qui présenterait l'ensemble des questions pertinentes de manière à éviter tout chevauchement ou toute incohérence avec les textes établis par d'autres organisations.

## X. Travaux futurs possibles dans le domaine des marchés publics et questions connexes

106. La Commission était saisie d'une note du Secrétariat sur les travaux futurs possibles dans le domaine de la passation de marchés et le développement des infrastructures (A/CN.9/755). La Commission a également entendu une déclaration d'un représentant du Vale Columbia Centre on Sustainable International Investment concernant les travaux du Centre, en particulier ses recherches empiriques sur le développement des infrastructures et les partenariats public-privé, qui pourraient être mises à la disposition de la Commission.

107. Il était entendu que la décision finale sur ce point de l'ordre du jour serait prise après que la Commission aurait examiné une note du Secrétariat concernant une orientation stratégique pour la CNUDCI (A/CN.9/752, voir ci-après, par. 228

---

[31] Disponible à l'adresse www.unidroit.org/french/conventions/2009intermediatedsecurities/main.htm.

à 232) et les points de l'ordre du jour concernant les travaux futurs possibles dans d'autres domaines (microfinance et droit des contrats internationaux) (voir ci-après, par. 124 à 132). De l'avis général, la CNUDCI devait se concentrer sur des domaines où l'élaboration de normes (traités ou lois types) se justifierait.

108. De l'avis général, parmi les sujets de travaux futurs possibles dans le domaine des marchés publics énumérés dans le document A/CN.9/755, certains ne se prêtaient pas à un traitement dans une loi type ou dans un autre texte juridique; d'autres sujets pourraient se prêter à l'élaboration d'une norme, mais il ne serait pas réaliste de réexaminer maintenant des questions liées aux marchés publics alors que les travaux sur la Loi type de 2011 et son Guide pour l'incorporation dans le droit interne venaient juste de se terminer (voir plus haut, par. 46). L'avis a été exprimé que la Loi type de 2011 était à de nombreux égards en avance sur les pratiques et législations existantes en matière de marchés publics dans nombre de pays; il importait donc que les pratiques et législations se développent avant d'évaluer la Loi type de 2011 et décider s'il y avait lieu de la modifier.

109. Plus spécifiquement, la Commission a estimé que:

a) L'administration des marchés était un domaine important, mais dans lequel il convenait davantage de donner des informations sur les meilleures pratiques et le renforcement de capacités que d'élaborer des textes juridiques. Il a été demandé si les travaux de la CNUDCI dans ce domaine auraient une valeur ajoutée, compte tenu du texte déjà publié par la CNUDCI sur les contrats industriels[32] et les textes d'autres organisations, telles que la Fédération internationale des ingénieurs-conseils;

b) De nombreux points touchant la planification des marchés posaient des questions de droit public (par exemple de législation et de réglementation concernant le budget de l'État) sortant du mandat de la CNUDCI. On a toutefois noté l'intérêt de certains pays pour un modèle international qui traiterait de la planification des marchés et l'importance d'une bonne planification pour le bon déroulement de l'ensemble du processus de passation;

c) La suspension et l'exclusion, questions juridiques importantes dont la CNUDCI pourrait certes se saisir, étaient des exemples de questions sur lesquelles il ne convenait pas à ce stade d'envisager des travaux normatifs;

d) Le respect des dispositions par les entreprises n'était pas considéré comme une question se prêtant à des travaux de la CNUDCI mais comme une question de bon comportement et de bonnes pratiques;

e) Des mécanismes suffisamment souples étaient prévus dans la Loi type de 2011 pour prendre en compte la durabilité et la protection de l'environnement au moyen de la passation de marchés publics, et le Guide contenait des orientations sur la façon de les utiliser. En général, l'élaboration d'autres textes sur ces questions ne se justifierait pas; des orientations plus précises sur la façon d'utiliser en pratique les mécanismes disponibles pourraient être nécessaires. On a noté qu'il importait de mettre en place des capacités nécessaires à l'utilisation de ces mécanismes.

---

[32] *Guide juridique de la CNUDCI pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles*, publication des Nations Unies, numéro de vente: F.87.V.10.

110. Pour tenir compte de l'intérêt des États pour certains de ces sujets, la Commission est convenue d'explorer la possibilité d'établir des notes d'orientation (et non d'autres textes législatifs) sur des sujets tels que: a) la planification des marchés; b) les mesures qui pourraient être prises par le secteur public et le secteur privé pour promouvoir une concurrence maximale dans la passation des marchés publics (par exemple en réduisant les risques de collusion et en traitant les questions des achats centralisés et des difficultés des petites et moyennes entreprises à accéder aux marchés publics, en raison notamment de l'introduction de la passation de marchés en ligne); c) des recommandations spécifiques pour assurer l'harmonisation entre la Loi type de 2011 et d'autres branches du droit (par exemple le droit des sociétés et le droit de la protection de l'environnement); d) des analyses coûts-avantages et autres considérations, telles que l'infrastructure et les capacités nécessaires, concernant l'utilisation des méthodes et techniques de passation de marchés prévues dans la Loi type (on a fait état de résultats peu probants dans l'utilisation d'accords-cadres en particulier); et e) questions concernant la passation de marchés publics responsable et soucieuse de l'environnement.

111. La diffusion et une meilleure compréhension de la Loi type de 2011 et de son Guide pour l'incorporation ont été considérées comme essentielles à l'application, à l'interprétation et à l'utilisation correctes de celle-ci. À titre d'exemple, on a suggéré comme moyens d'y parvenir la publication de documents sur le site Web de la CNUDCI et l'utilisation de bloc-notes et de forums interactifs en ligne. L'utilisation d'un réseau de correspondants nationaux tel que celui mis en place pour la collecte et la diffusion d'informations sur les décisions judiciaires et sentences arbitrales concernant les textes de la CNUDCI (le Recueil de jurisprudence des textes de la CNUDCI, ou système CLOUT) a également été mentionnée comme exemple d'outil pertinent. Compte tenu des ressources limitées dont dispose le secrétariat de la CNUDCI, il a été jugé essentiel d'établir des partenariats avec des organisations et des experts connaissant la Loi type de 2011 et pouvant l'aider à mettre en place des activités de formation, d'enseignement et d'assistance technique en ligne et en présentiel, ainsi qu'à collecter et diffuser des informations sur l'utilisation du texte. Ces activités permettraient également d'évaluer les systèmes de passation de marchés de divers pays; les résultats de ces évaluations seraient utilisés pour déterminer quelles améliorations pourraient être apportées par exemple au Guide, et les suggestions d'amélioration seraient portées à l'attention de la Commission. Compte tenu des difficultés que les responsables avaient rencontrées en cherchant à appliquer la Loi type de 1994 et s'assurer que ses dispositions étaient bien suivies dans la pratique, la Commission a été priée instamment d'appuyer l'application et l'utilisation efficaces de la Loi type de 2011 au moyen de telles mesures.

112. On a considéré que la mise en place d'un mécanisme de mise en commun des expériences et des meilleures pratiques faisait partie du travail de suivi de l'utilisation de la Loi type. Un exemple de mise en commun des meilleures pratiques visant à tirer parti des avantages potentiels de la passation de marchés en ligne décrits aux paragraphes 28 à 30 du document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.1 a été présenté à la Commission: en partenariat avec l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime (dépositaire de la Convention des Nations Unies contre la

corruption[33]), le Gouvernement nigérian avait entrepris de développer un système de passation de marchés en ligne afin de réduire les risques de corruption et d'abus en supprimant le contact humain et en accroissant la transparence.

113. À l'issue de la discussion, la Commission est convenue qu'il ne serait pas possible d'évaluer la nécessité de documents d'orientation ou de décider de la meilleure manière d'encourager l'incorporation de la Loi type de 2011 dans le droit interne et de faire en sorte qu'elle soit mise en œuvre, interprétée et utilisée au mieux sans comprendre plus en profondeur les activités et publications d'autres organisations internationales et régionales et de certains États dans le domaine des marchés publics.

114. La Commission a donc prié le Secrétariat d'entreprendre une étude sur a) les ressources et publications existantes d'autres organismes qui pourraient être mises à disposition pour appuyer la mise en œuvre, l'interprétation et l'utilisation de la Loi type de 2011; b) les modalités d'une collaboration continue avec ces autres organismes; c) les thèmes qui n'étaient pas encore suffisamment traités et qui pourraient justifier des documents d'orientation comme suggéré plus haut au paragraphe 110; et d) les possibilités de publication et de diffusion des diverses ressources et publications elles-mêmes. La Commission entendait que cette étude serait mise à sa disposition à sa quarante-sixième session, en 2013 et qu'elle indiquerait également dans quelle mesure ces activités seraient réalisables et des ressources supplémentaires seraient nécessaires, compte tenu de la nécessité d'examiner les informations reçues sur la mise en œuvre, l'interprétation et l'utilisation de la Loi type de 2011, de traduire les informations nécessaires et d'assurer la cohérence entre les ressources externes mentionnées et la Loi type de 2011 et son Guide. La Commission a estimé qu'après avoir examiné cette étude, elle serait en mesure d'évaluer la nécessité de poursuivre les travaux sur chacun des thèmes.

115. En ce qui concerne les travaux futurs possibles dans le domaine des partenariats public-privé, on a estimé qu'il pourrait être souhaitable d'élaborer une loi type sur ces partenariats au niveau international, compte tenu de l'importance du sujet pour les pays en développement; que des travaux dans ce domaine pourraient se justifier compte tenu en particulier des conclusions formulées par les États à la Conférence des Nations Unies sur le développement durable, tenue à Rio de Janeiro (Brésil) du 20 au 22 juin 2012, encourageant le recours aux partenariats public-privé comme outil de développement économique[34]; et que la CNUDCI pourrait bénéficier des travaux entrepris dans ce domaine au niveau régional, tels que la proposition de la Commission européenne en vue d'une directive du Parlement européen et du Conseil sur l'attribution de contrats de concession[35].

116. La Commission est convenue que tous les textes futurs dans le domaine des partenariats public-privé devraient être élaborés par un groupe de travail et elle-même afin d'en assurer l'inclusivité et la transparence, et donc l'applicabilité universelle.

---

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

[34] Voir le document final du Sommet Rio+20, "L'avenir que nous voulons" (résolution 66/288 de l'Assemblée générale, annexe), par. 46, 71, 217 et 280 d).

[35] Disponible à l'adresse http://ec.europa.eu/commission_2010-2014/barnier/headlines/news/2011/12/20111220_fr.htm.

117. La Commission est convenue qu'il pourrait être justifié de poursuivre l'examen des thèmes suivants concernant les partenariats public-privé et énumérés dans le document A/CN.9/755: a) mécanismes de contrôle (en phase de sélection et en phase de gestion des contrats) et promotion de mécanismes nationaux de prévention et de résolution des litiges dans le contexte des partenariats public-privé; et b) extension possible du champ d'application des instruments de la CNUDCI concernant les projets d'infrastructure à financement privé[36] aux formes de financement privé et opérations afférentes qui n'y sont pas traitées actuellement.

118. En ce qui concerne le contrôle et le règlement interne des litiges, il a été souligné que ces thèmes devraient être considérés ensemble, conformément à l'approche adoptée au Congrès 2007 de la CNUDCI sur le thème "Un droit moderne pour le commerce mondial", qu'il fallait envisager de développer les capacités locales de règlement des litiges naissant de partenariats public-privé; que l'élaboration d'une loi type sur ces thèmes pourrait contribuer grandement au développement de ces capacités et qu'il fallait inclure dans ces thèmes des mécanismes de prévention des litiges et, à cet égard, chercher à élaborer une réglementation répondant aux besoins du secteur privé en donnant aux investisseurs la possibilité de formuler des observations sur l'élaboration des règles et règlements s'appliquant à eux.

119. La Commission a noté qu'il pourrait également être judicieux d'inclure dans les travaux futurs sur les partenariats public-privé d'autres questions non encore traitées dans les instruments de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé, ainsi que d'autres questions, notamment celle de l'interdiction à un entrepreneur de vendre l'objet d'une concession à une autre entité sans le consentement du gouvernement.

120. Notant que d'autres recherches et une étude détaillée du Secrétariat seraient nécessaires pour déterminer si des travaux futurs dans le domaine des partenariats public-privé seraient justifiés, la Commission est convenue qu'il serait utile de tenir un colloque pour définir la portée de travaux éventuels et les principales questions à traiter. Elle a souligné qu'il importait de définir à l'avance le champ du colloque en se fondant sur les dispositions des instruments de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé pour déterminer quels travaux supplémentaires pourraient être menés. En prévision d'un colloque, le Secrétariat devrait donc définir les thèmes dont il pourrait être débattu au colloque lui-même, en s'appuyant sur les ressources d'autres organismes, notamment ceux qui avaient proposé d'apporter une assistance à cet égard, ainsi que sur les délibérations de la présente session. Les résultats du colloque seraient ensuite présentés à la Commission pour examen. À cet égard, il a également été convenu qu'il serait essentiel qu'il existe un mandat clair pour tout travail futur dans ce domaine.

121. Il a été convenu que, même si la CNUDCI pouvait donc ne pas entamer de travaux sur les partenariats public-privé dans un proche avenir, elle devait signaler à la communauté internationale qu'elle souhaitait participer aux travaux futurs dans ce domaine. On a souligné l'importance d'une coordination et d'une coopération entre

---

[36] Dispositions législatives types de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé (*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-huitième session, Supplément n° 17* (A/58/17), annexe I); et Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.01.V.4).

les organismes intéressés pour ce qui est des travaux en cours dans ce domaine, eu égard notamment à la bonne planification des travaux la CNUDCI.

122. En ce qui concerne les suggestions faites dans le document A/CN.9/755, selon lesquelles il faudrait regrouper les instruments de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé et conformer leurs dispositions concernant la passation de marchés à celles régissant les méthodes de passation de marchés pertinentes dans la Loi type de 2011, il a été convenu que ces tâches devraient être entreprises, mais pas en tant que projets distincts d'un groupe de travail de la CNUDCI, compte tenu de leur portée limitée et de la nature mécanique de certaines parties du travail concerné. Une décision d'entreprendre ou non ces travaux serait donc prise à la suite du colloque (voir plus haut, par. 120), qui définirait la portée des autres aspects des travaux sur les partenariats public-privé.

123. Il a été convenu que cette façon de procéder signifiait que le Groupe de travail I ne devrait pas se réunir avant la prochaine session de la Commission, en 2013, et qu'un colloque ne devrait pas se tenir avant le printemps 2013.

# XI. Travaux futurs possibles dans le domaine de la microfinance

124. La Commission a rappelé ses débats antérieurs sur les travaux qu'elle pourrait mener dans le domaine de la microfinance[37], en particulier la décision prise à sa quarante-quatrième session, en 2011, d'inscrire la microfinance au programme de ses travaux futurs et d'examiner plus avant la question à sa prochaine session, en 2012[38]. À sa quarante-quatrième session, afin de définir les domaines dans lesquels des travaux étaient nécessaires, elle a prié le Secrétariat d'adresser à tous les États un bref questionnaire sur leur expérience de l'établissement d'un cadre législatif et réglementaire pour la microfinance, et notamment les difficultés qu'ils avaient pu rencontrer à cet égard. En outre, elle est convenue que le Secrétariat devrait, si les ressources le lui permettaient, entreprendre des recherches sur les questions suivantes: a) constitution de sûretés trop importantes et affectation en garantie de biens sans valeur économique; b) argent électronique, y compris en tant qu'épargne; question de savoir si les "émetteurs" de cet argent pratiquent une activité bancaire (et donc à quel type de réglementation ils sont soumis) et couverture de ces fonds par des programmes d'assurance des dépôts; c) mise en place de procédures équitables, rapides, transparentes et peu onéreuses de règlement des différends naissant d'opérations de microfinancement; et d) facilitation de l'utilisation de prêts garantis aux microentreprises et aux petites et moyennes entreprises, et promotion de la transparence de ce type de prêts[39].

125. À sa session en cours, la Commission était saisie d'une note du Secrétariat (A/CN.9/756) contenant un bref résumé de l'état actuel de la question en ce qui concerne les quatre thèmes identifiés par la Commission à sa quarante-quatrième session (voir par. 124 ci-dessus) et des suggestions d'activités que la CNUDCI

---

[37] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/64/17), par. 432 et 433; ibid., *soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), par. 275, 276 et 280; et ibid., *soixante-sixième session, Supplément n° 17* (A/66/17), par. 241 à 246.

[38] Ibid., *soixante-sixième session, Supplément n° 17* (A/66/17), par. 246.

[39] Ibid.

pourrait mener dans chacun de ces domaines. La Commission a noté qu'un rapport analysant les réponses des États au questionnaire distribué par le Secrétariat conformément à la demande qu'elle avait faite à sa quarante-quatrième session lui serait présenté à sa prochaine session, en 2013.

126. La Commission a fortement appuyé une suggestion d'examiner plus avant, notamment dans le cadre d'un colloque, certaines questions qui pourraient contribuer, entre autres, à faciliter l'accès des petites entreprises au crédit, en particulier dans les pays en développement. À l'issue de la discussion, il a été unanimement convenu que seraient organisés, éventuellement dans différentes régions, un ou plusieurs colloques sur la microfinance et des questions y relatives, notamment la mise en place de procédures simplifiées d'inscription et d'enregistrement des entreprises; l'accès des microentreprises et des petites et moyennes entreprises au crédit; le règlement des litiges naissant d'opérations de microfinancement; et d'autres thèmes liés à la création d'un cadre juridique propice aux microentreprises et aux petites et moyennes entreprises. La Commission est convenue que la tenue d'un tel colloque devrait être pour elle une priorité de premier ordre au cours de l'année à venir.

## XII. Travaux futurs possibles de la CNUDCI dans le domaine du droit international des contrats

127. La Commission a examiné la question de savoir s'il était souhaitable d'entreprendre des travaux dans le domaine du droit international des contrats, se fondant sur une proposition de la Suisse concernant des travaux futurs possibles en la matière (A/CN.9/758).

128. Dans cette proposition, les contributions de la Commission à l'harmonisation dans ce domaine étaient reconnues. On y soulignait en particulier que la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (1980)[40] (la Convention des Nations Unies sur les ventes), avec 78 États parties, avait une incidence mondiale sur l'unification du droit des contrats de vente de marchandises. On y notait cependant aussi que de nombreux domaines touchant aux contrats de vente de marchandises ainsi qu'au droit général des contrats étaient toujours laissés au droit interne et que cela créait un obstacle au commerce international en multipliant le nombre de régimes juridiques pouvant s'appliquer et le coût des opérations associées. Il a été expliqué en outre que cela supposait de consulter des documents juridiques dans différentes langues ou d'obtenir le conseil d'experts d'une juridiction étrangère, ce qui générait des difficultés et des dépenses supplémentaires. Ces dépenses, a-t-on ajouté, étaient particulièrement lourdes pour les petites et moyennes entreprises.

129. Pour ces raisons, afin de permettre à la Commission de prendre une décision éclairée sur d'éventuels travaux futurs d'harmonisation du droit des contrats, il a été dit que le Secrétariat pourrait organiser des colloques et d'autres réunions, selon qu'il convient et dans la limite des ressources disponibles, et lui faire savoir à une prochaine session si de tels travaux seraient souhaitables et réalisables. On a souligné que de telles activités exploratoires devraient non seulement tenir compte

---

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

des instruments existants, tels que la Convention des Nations Unies sur les ventes ou les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international, mais aussi s'en inspirer[41]. Il a aussi été dit que de tels travaux pourraient compléter utilement les travaux en cours de modernisation du droit des contrats aux niveaux régional et national.

130. En réponse, il a été dit qu'il n'était pas évident que les instruments existants soient inadaptés à la pratique actuelle, que la proposition semblait vague et trop ambitieuse, et que de tels travaux risquaient de faire double emploi avec des textes existants, tels que les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international. On a ajouté que les lacunes des textes existants, tels que la Convention des Nations Unies sur les ventes, tenaient à l'impossibilité de s'accorder sur une solution de compromis, et qu'il n'était pas sûr que cette impossibilité puisse être surmontée dans un avenir proche. Des préoccupations ont aussi été exprimées quant aux incidences d'un projet aussi important sur les ressources humaines et financières dont disposaient la Commission et les États. Pour ces raisons, on a demandé instamment de ne pas entreprendre les travaux proposés, du moins actuellement. Il a été ajouté que la Commission pourrait réexaminer la question ultérieurement en fonction de l'évolution de la situation.

131. En réponse à la préoccupation exprimée selon laquelle ces travaux pourraient faire double emploi avec ceux d'UNIDROIT, le Secrétariat et l'observateur d'UNIDROIT ont indiqué qu'un tel projet, si la Commission décidait de l'examiner plus avant, pourrait être mené en collaboration par les deux organisations ainsi que par d'autres parties extérieures intéressées.

132. À l'issue de la discussion, on a constaté que l'avis qui prévalait était favorable à l'idée de prier le Secrétariat d'organiser des symposiums et autres réunions, notamment au niveau régional, dans la limite des ressources disponibles, en collaborant étroitement avec UNIDROIT, en vue de rassembler davantage d'informations pour aider la Commission à déterminer à une prochaine session si des travaux futurs dans le domaine du droit général des contrats étaient souhaitables et réalisables. De nombreuses délégations ont toutefois demandé instamment que priorité soit donnée à d'autres travaux de la Commission, en particulier dans le domaine de la microfinance. Plusieurs délégations ont exprimé une opposition claire et de fortes réserves concernant des travaux futurs dans le domaine du droit général des contrats à ce moment. En outre, plusieurs délégations, notant la forte opposition à la proposition de la Suisse, se sont opposées à ce qu'il soit dit que le débat sur ce sujet avait abouti à un avis majoritaire en faveur de travaux supplémentaires.

# XIII. Élaboration d'un guide sur la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958

133. La Commission a rappelé ses débats antérieurs sur le suivi de l'application de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères faite à New York le 10 juin 1958[42]. Elle a également rappelé qu'à sa

---

41 Disponible à l'adresse www.unidroit.org/french/principles/contracts/main.htm.

42 *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 17*

quarante-quatrième session, en 2011, elle avait été informée que le Secrétariat menait actuellement deux projets complémentaires à cet égard[43].

134. Un de ces projets concernait la publication sur le site Web de la CNUDCI d'informations communiquées par les États sur l'application de la Convention de New York de 1958 dans leur législation. La Commission a remercié à nouveau les États qui avaient déjà communiqué des informations et prié instamment tous les États de continuer à communiquer des informations exactes au Secrétariat pour que les données publiées sur le site Web restent à jour.

135. L'autre projet, concernant l'élaboration d'un guide sur la Convention de New York de 1958, était actuellement mené par le Secrétariat en étroite coopération avec les professeurs G. Bermann (faculté de droit de l'Université de Columbia) et E. Gaillard (Paris XII), qui avaient mis en place des équipes de recherche à cette fin. La Commission a été informée que M. Gaillard et son équipe avaient créé avec M. Bermann et son équipe, avec l'appui du Secrétariat, un site Web (www.newyorkconvention1958.org) pour mettre à la disposition du public les informations recueillies lors de l'élaboration du guide sur la Convention de New York. Elle a également été informée que ce site Web visait à promouvoir une application uniforme et efficace de la Convention en publiant des informations détaillées sur l'interprétation judiciaire de la Convention par les États parties. Enfin, elle a été informée que le secrétariat de la CNUDCI prévoyait de maintenir un lien étroit entre les décisions publiées dans le Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI et celles publiées sur le site Web consacré à l'élaboration du guide sur la Convention de New York.

136. La Commission s'est félicitée de la création du site Web et des travaux accomplis par le secrétariat, les deux professeurs et leurs équipes de recherche, et a prié le Secrétariat de poursuivre ses travaux concernant l'élaboration du guide sur la Convention de New York de 1958.

# XIV. Textes d'autres organisations avalisés par la Commission

## A. Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international, 2010

137. UNIDROIT a prié la Commission d'envisager d'avaliser les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international, 2010[44].

138. La Commission a noté que l'édition 2010 des Principes d'UNIDROIT était la troisième en date, les deux premières datant de 1994 et de 2004. Il a été rappelé qu'elle avait avalisé les Principes d'UNIDROIT 2004 à sa quarantième session, en 2007[45].

---

(A/50/17), par. 401 à 404; et ibid., *soixante-troisième session, Supplément n° 17* et rectificatifs (A/63/17 et Corr.1 et 2), par. 355 et 356.

[43] Ibid., *soixante-sixième session, Supplément n° 17* (A/66/17), par. 250 à 252.

[44] Disponibles à l'adresse www.unidroit.org.

[45] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/62/17), Part I, par. 209 à 213.

139. Il a été noté en outre que les Principes d'UNIDROIT 2010 visaient principalement à traiter de nouveaux sujets intéressant les milieux commerciaux et juridiques internationaux et contenaient à cette fin 26 nouveaux articles traitant de la restitution en cas d'inexécution du contrat, de l'illicéité, des conditions, et de la pluralité de débiteurs et de créanciers. Dans l'ensemble, la reconnaissance des Principes d'UNIDROIT 2010 comme énonçant un ensemble complet de règles concernant les contrats commerciaux internationaux, complétant plusieurs instruments internationaux relatifs au droit commercial, notamment la Convention des Nations Unies sur les ventes, a recueilli le soutien général.

140. Compte tenu des modifications apportées aux Principes d'UNIDROIT 2010 et de leur utilité pour ce qui est de faciliter le commerce international, la Commission a adopté à sa 955e séance, le 3 juillet 2012, la décision suivante:

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

*Remerciant* l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) de lui avoir communiqué le texte de l'édition 2010 des Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international (Principes d'UNIDROIT 2010),

*Notant* que les Principes d'UNIDROIT 2010 complètent plusieurs instruments relatifs au droit commercial international, dont la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises[46],

*Notant également* que le préambule des Principes UNIDROIT 2010 se lit comme suit:

'Les Principes qui suivent énoncent des règles générales propres à régir les contrats du commerce international,

Ils s'appliquent lorsque les parties acceptent d'y soumettre leur contrat,

Ils peuvent s'appliquer lorsque les parties acceptent que leur contrat soit régi par les principes généraux du droit, la *lex mercatoria* ou autre formule similaire,

Ils peuvent s'appliquer lorsque les parties n'ont pas choisi une loi particulière devant régir leur contrat,

Ils peuvent être utilisés afin d'interpréter ou de compléter d'autres instruments du droit international uniforme,

Ils peuvent être utilisés afin d'interpréter ou de compléter le droit national,

Ils peuvent servir de modèle aux législateurs nationaux et internationaux,'

*Félicitant* UNIDROIT d'avoir de nouveau contribué à faciliter le commerce international en élaborant des règles générales pour les contrats du commerce international,

---

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

*Recommande* l'utilisation des Principes d'UNIDROIT 2010, selon qu'il convient, conformément à l'objet qui leur a été assigné."

## B. Incoterms 2010

141. La Chambre de commerce internationale (CCI) a prié la Commission d'envisager d'avaliser les Incoterms 2010, en vigueur depuis le 1er janvier 2011.

142. Il a été noté que les Incoterms, règles de la CCI sur l'utilisation des termes du commerce international, facilitaient généralement la conduite du commerce mondial en fournissant des termes commerciaux définissant clairement les obligations respectives des parties et en réduisant le risque de complications juridiques. Créés par la CCI en 1936, les Incoterms ont été régulièrement mis à jour, suivant ainsi l'évolution du commerce international, les Incoterms 2010 étant la dernière version en date. Il a été rappelé que la Commission avait avalisé les Incoterms 1990 à sa vingt-cinquième session, en 1992[47], et les Incoterms 2000 à sa trente-troisième session, en 2000[48].

143. La Commission a été informée que, dans les Incoterms 2010, les règles "rendu" avaient été actualisées et consolidées, leur nombre passant de 13 à 11. Il a été dit en outre que l'ensemble des règles y étaient présentées de manière plus simple et plus claire, tenant compte de la progression continue des zones franches, de l'utilisation accrue des communications électroniques dans les opérations commerciales, des préoccupations croissantes concernant la sécurité dans la circulation des marchandises et de l'évolution des pratiques de transport.

144. Compte tenu de l'utilité des Incoterms 2010 pour ce qui est de faciliter le commerce international, la Commission a adopté à sa 955e séance, le 3 juillet 2012, la décision suivante:

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

*Remerciant* la Chambre de commerce internationale de lui avoir communiqué le texte révisé des Incoterms 2010, en vigueur depuis le 1er janvier 2011,

*Félicitant* la Chambre de commerce internationale d'avoir apporté une nouvelle contribution à la facilitation du commerce international en rendant plus simples et plus clairs les Incoterms 2010, y reflétant l'évolution récente du commerce international,

*Notant* que les Incoterms 2010 constituent une précieuse contribution à la facilitation de la conduite du commerce mondial,

*Recommande* l'utilisation des Incoterms 2010, selon qu'il convient, dans les opérations de vente internationale."

---

47 *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-septième session, Supplément n° 17* (A/47/17), par. 161.

48 Ibid., *cinquante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/55/17), par. 434.

# XV. Assistance technique en matière de réforme du droit

145. La Commission était saisie d'une note du Secrétariat (A/CN.9/753) 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-quatrième session, en 2011 (A/CN.9/724)[49]. Elle a souligné l'importance de cette coopération et de cette assistance techniques et s'est déclarée satisfaite des activités du Secrétariat mentionnées dans le document A/CN.9/753.

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

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

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

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

149. La Commission a examiné le document A/CN.9/748, sur la promotion des moyens visant à assurer l'interprétation et l'application uniformes des textes juridiques de la CNUDCI, qui donnait des informations sur l'état actuel du Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI (CLOUT) et sur les travaux

---

[49] Ibid., *soixante-sixième session, Supplément n° 17* (A/66/17), par. 253.

entrepris par le Secrétariat pour finaliser les précis de jurisprudence concernant la Convention sur les contrats de vente internationale de marchandises et la Loi type sur l'arbitrage commercial international[50].

150. La Commission a pris note avec satisfaction des travaux que le Secrétariat continuait de mener dans le cadre du système CLOUT. Au 20 avril 2012, 116 numéros du Recueil de jurisprudence, rendant compte de 1 134 affaires liées principalement à la Convention des Nations Unies sur les ventes et à la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, avaient été préparés. Des numéros consacrés à la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique[51], à la Convention de New York de 1958, à la Loi type sur l'insolvabilité internationale, à la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises[52], à la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by[53] et à la Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer de 1978[54] avaient également été publiés. En ce qui concerne les cinq groupes régionaux d'États représentés au sein de la Commission, celle-ci a noté que si la majorité des sommaires publiés se référaient à des États d'Europe occidentale et autres États, on avait constaté une légère diminution du nombre de sommaires provenant de ce groupe régional et une légère augmentation du nombre de sommaires provenant d'États d'Asie et d'Europe orientale, par rapport aux chiffres figurant dans la note (A/CN.9/726) présentée à la Commission à sa quarante-quatrième session, en 2011[55].

151. La Commission a rappelé que le mandat du réseau de correspondants nationaux, composé de 95 correspondants désignés, avait pris fin en 2012, conformément à une décision qu'elle avait prise à sa quarante-deuxième session, en 2009. À cette session, la Commission, reconnaissant la nécessité d'un système de collecte durable et pouvant s'adapter à l'évolution de la situation, était convenue que les États qui avaient désigné des correspondants nationaux devraient être priés de reconfirmer cette désignation tous les cinq ans. Afin de faciliter l'application de cette disposition, la Commission était également convenue que le mandat des correspondants nationaux précédents viendrait à expiration en 2012 et qu'il serait demandé aux États de reconfirmer la désignation de leurs correspondants nationaux cette année-là puis tous les cinq ans[56].

152. À sa session en cours, afin de rationaliser les procédures de désignation des nouveaux correspondants, la Commission a exprimé son appui envers la procédure du Secrétariat selon laquelle les nouvelles désignations prendraient effet le premier jour de sa quarante-cinquième session (c'est-à-dire le 25 juin 2012). La Commission a également appuyé la proposition du Secrétariat selon laquelle toute désignation

---

[50] Ibid., *quarantième session, Supplément n° 17* (A/40/17), annexe I; et ibid., *soixante et unième session, Supplément n° 17* (A/61/17), annexe I.

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

[52] *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), Part I.

[53] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2169, n° 38030.

[54] Ibid., vol. 1695, n° 29215.

[55] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 17* (A/66/17), par. 271 à 272.

[56] Ibid., *soixante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/64/17), par. 370.

intervenant par la suite prendrait effet le premier jour de la quarante-cinquième session de la Commission et viendrait à expiration après cinq ans à compter de cette date. La jurisprudence disponible sur certains textes de la CNUDCI ne cessant d'augmenter, la Commission a souscrit à l'appel du Secrétariat aux États membres, tendant à ce qu'ils désignent plusieurs correspondants nationaux et chargent chacun d'eux d'un texte spécifique de la CNUDCI. Enfin, la Commission a exprimé sa reconnaissance aux correspondants nationaux ayant achevé leur mandat et félicité ceux nouvellement désignés ou désignés de nouveau, leur souhaitant une collaboration fructueuse avec le Secrétariat.

153. La Commission a noté avec satisfaction que la troisième révision du Précis de jurisprudence concernant la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (version 2012) avait été publiée et était disponible en anglais sur le site Web de la CNUDCI[57], et que le Secrétariat procéderait à sa traduction dans les cinq autres langues officielles de l'ONU. Elle a été informée que le Secrétariat s'emploierait à promouvoir efficacement le Précis et à le porter à l'attention d'une grande partie de la communauté juridique et judiciaire.

154. La Commission a également été informée qu'un précis de jurisprudence concernant la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international avait été publié en juin 2012, en anglais, et était disponible sur le site Web de la CNUDCI[58]. Conformément au mandat confié par la Commission[59], ce précis décrit les tendances de l'interprétation de la Loi type et vise à permettre aux juges, arbitres, juristes, parties à des opérations commerciales, universitaires et étudiants de mieux la comprendre, l'interpréter et l'appliquer. Il a été noté que la version actuelle du précis se fondait sur 725 affaires survenues dans 37 États.

155. La Commission a également été informée qu'un évènement avait été organisé le 9 juin 2012 à Singapour par le Ministère de la justice de ce pays, en coopération avec le Secrétariat, à l'occasion de la publication du précis de jurisprudence concernant la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international. Les principaux collaborateurs provenant des différentes régions du monde ont examiné le précis et la Loi type, en particulier le champ d'application de celle-ci, son interprétation internationale en application de l'article 2 A, des questions de compétence et les articles 34 à 36. Lors de leurs interventions, les participants ont souligné qu'il importait de diffuser des informations sur l'interprétation et l'application de la Loi type et sur l'utilité particulière du précis de jurisprudence à cet égard. La Commission a remercié ces collaborateurs et le Secrétariat pour leur travail.

156. La Commission a en outre étudié l'opportunité d'entreprendre l'élaboration d'un précis de jurisprudence concernant la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, question qui avait été soulevée à la quarante et unième session du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) (A/CN.9/742, par. 38). Il a été noté qu'un tel précis offrirait un accès élargi et plus direct à la jurisprudence mentionnée dans les textes de la CNUDCI relatifs à l'insolvabilité et appellerait l'attention sur les nouvelles tendances constatées dans l'interprétation de la Loi

---

57 Disponible à l'adresse www.uncitral.org/uncitral/fr/case_law/digests.html.

58 Ibid.

59 *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, Supplément n° 17* (A/59/17), par. 87 à 91.

type. La Commission est convenue qu'un tel précis devrait être préparé, sous réserve que le Secrétariat dispose de ressources suffisantes, et a invité ce dernier à étudier la possibilité de collaborer avec les correspondants nationaux et d'autres experts pour faciliter la préparation de l'analyse et des informations requises.

157. La Commission a réaffirmé sa conviction que le Recueil de jurisprudence et les précis étaient un aspect important des travaux menés par la CNUDCI pour promouvoir la diffusion, l'harmonisation et l'interprétation uniforme du droit ayant trait à ses textes. Elle a également reconnu que le Recueil de jurisprudence nécessitait beaucoup de ressources et que des moyens supplémentaires étaient nécessaires pour le maintenir. Elle a rappelé qu'à sa quarante-deuxième session, en 2009, elle avait appelé tous les États à aider le Secrétariat à chercher des fonds disponibles au niveau national pour assurer la coordination et le développement du Recueil de jurisprudence[60]. Depuis cet appel, il n'y avait eu aucune augmentation des ressources disponibles pour la tenue à jour et l'amélioration du système. Aussi la Commission a-t-elle noté avec intérêt que le Secrétariat avait affiné une proposition de projet visant à trouver des ressources pour le système et que cette proposition avait été déjà examinée avec un État membre de la CNUDCI. Elle a également noté que le Secrétariat sollicitait l'assistance d'autres États et bailleurs de fonds, soit en nature (par exemple sous la forme de détachements de personnel à titre gracieux), soit sous la forme de contributions au budget, qui pouvaient également inclure la mise en commun de moyens provenant de diverses sources. Elle a remercié le Secrétariat pour son travail, souscrivant pleinement à un appel en faveur d'une augmentation de ressources aux fins de maintenir et d'élargir ses travaux dans ce domaine.

158. La Commission a invité le Secrétariat à étudier la possibilité de coopérer avec le Réseau mondial d'informations juridiques (voir www.glin.gov) afin d'accroître la sensibilisation aux textes de la CNUDCI et d'en promouvoir l'interprétation et l'application uniformes.

# XVII. État et promotion des textes de la CNUDCI

159. 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 de 1958 en se fondant sur une note du Secrétariat (A/CN.9/751) et sur les informations obtenues par celui-ci après la soumission de cette note. Elle a pris note avec satisfaction des informations concernant les actes accomplis et textes législatifs adoptés depuis sa quarante-quatrième session, en 2011, en ce qui concerne les instruments suivants:

a) Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, faite à New York le 10 juin 1958[61]: adhésion du Liechtenstein (146 États parties);

b) Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises[62]: adhésion du Bénin (29 États parties);

---

60 Ibid., *soixante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/64/17), par. 372.

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

62 Ibid., vol. 1511, n° 26119.

c) Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises[63]: adhésion du Bénin et de Saint-Marin et retrait de déclarations de la Finlande et la Suède (78 États parties);

d) Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer[64]: signature de la Suède (un État partie);

e) Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985), modifiée en 2006[65]: adoption de textes législatifs fondés sur la Loi type modifiée en 2006, en Australie, en Australie méridionale (2011), en Nouvelle-Galles du Sud (2010), en Tasmanie (2011), dans le Territoire du Nord (2011) et à Victoria (2011);

f) Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996)[66]: adoption de textes législatifs fondés sur la Loi type en Australie (2011), en Australie méridionale (2011), en Australie occidentale (2011), en Nouvelle-Galles du Sud (2010), en Tasmanie (2010), dans le Territoire du Nord (2011), dans le Territoire de la capitale australienne (2012) et à Victoria (2011); au Belize (2003); au Canada, dans les Territoires du Nord-Ouest (2011); à la Barbade (2001), à Sainte-Lucie (2011) et à Saint-Vincent-et-les Grenadines (2007); adoption d'un texte législatif s'inspirant des principes sur lesquels est fondée la Loi type en Chine, à Macao (2005);

g) Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques (2001)[67]: adoption de textes législatifs fondés sur la Loi type en Arabie saoudite (2007); à la Barbade (2001); à Sainte-Lucie (2011); à Saint-Vincent-et-les Grenadines (2007); et à la Trinité-et-Tobago (2011);

h) Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale (2002)[68]: adoption de textes législatifs fondés sur la Loi type en ex-République yougoslave de Macédoine (2009).

160. Faisant écho à la lettre du Secrétaire général aux chefs d'États et de gouvernements, datée du 9 mai 2012[69], la Commission a noté l'importance d'une participation universelle aux traités et de leur application universelle. Elle s'est associée à l'appel du Secrétaire général, invitant les États à déposer des instruments de ratification des traités relatifs au droit commercial international ou d'adhésion à ces traités, en particulier ceux pour lesquels la participation universelle est proche, comme la Convention de New York de 1958 (146 États parties), et ceux dont l'entrée en vigueur est imminente, comme la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux[70]

---

63 Ibid., vol. 1489, n° 25567.

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

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

66 Ibid., *cinquante et unième session, Supplément n° 17* (A/51/17), annexe I.

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

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

69 Disponible à l'adresse http://treaties.un.org/Pages/TreatyEvents.aspx?pathtreaty=Treaty/Focus/Page1_fr.xm&clang=_fr.

70 Résolution 60/21 de l'Assemblée générale, annexe.

(dont l'entrée en vigueur nécessite encore un seul acte) et la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international[71] (dont l'entrée en vigueur nécessite encore quatre actes).

161. La Commission a pris note de la bibliographie des écrits récents ayant trait aux travaux de la CNUDCI (A/CN.9/750) et noté avec satisfaction l'influence des guides législatifs, guides pratiques et textes contractuels de la CNUDCI.

# XVIII. Coordination et coopération

162. La Commission était saisie d'une note du Secrétariat (A/CN.9/749) contenant des informations sur les activités des organisations internationales actives dans le domaine du droit commercial international auxquelles le secrétariat de la CNUDCI avait participé depuis la dernière note présentée à la Commission (A/CN.9/725)[72]. Cette note avait été établie comme suite à la résolution 34/142 de l'Assemblée générale et conformément au mandat de la CNUDCI. Dans cette résolution, l'Assemblée priait le Secrétaire général de saisir la Commission, à chacune de ses sessions, d'un rapport sur les activités juridiques des organisations internationales dans le domaine du droit commercial international, ainsi que de recommandations sur les mesures que la Commission devrait prendre pour s'acquitter de son mandat de coordination des activités des autres organisations dans ce domaine.

163. La Commission a noté avec satisfaction la participation du Secrétariat à des activités menées avec plusieurs organisations du système des Nations Unies et extérieures à celui-ci, dont la Banque mondiale, la CESAP, la Commission économique des Nations Unies pour l'Europe, la Conférence de La Haye de droit international privé, la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, le Groupe interinstitutions des Nations Unies sur le commerce et les capacités productives du Conseil des chefs de secrétariat des organismes des Nations Unies pour la coordination, l'Organisation de coopération et de développement économiques, UNIDROIT et l'Union européenne.

164. La Commission a noté que l'activité de coordination de son secrétariat concernait l'ensemble des groupes de travail actuels de la CNUDCI et qu'il participait à des groupes d'experts, groupes de travail et réunions plénières d'autres organismes afin d'échanger des informations, partager des compétences et éviter tout chevauchement des travaux dans les domaines concernés. Elle a également noté que cette activité nécessitait souvent de se rendre aux réunions de ces organisations et d'utiliser des 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 appuyé l'utilisation à cette fin des fonds alloués aux voyages.

---

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

[72] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 17* (A/66/17), par. 277.

## A. Coordination et coopération dans le domaine des sûretés

165. La Commission a rappelé qu'à sa quarante-quatrième session, en 2011, elle avait approuvé un document établi conjointement par le Bureau permanent de la Conférence de La Haye et les secrétariats de la CNUDCI et d'UNIDROIT, intitulé "Comparaison et analyse des principaux éléments des instruments internationaux relatifs aux opérations garanties" (A/CN.9/720), et demandé d'en assurer la diffusion la plus large possible[73].

166. La Commission a noté que ce document avait été publié en tant que publication des Nations Unies intitulée "Textes de la CNUDCI, de la Conférence de La Haye et d'UNIDROIT sur les sûretés"[74], la contribution du Bureau permanent de la Conférence de La Haye et du secrétariat d'UNIDROIT étant reconnue comme il se doit. La Commission s'est félicitée de cette publication, exprimant sa gratitude au Secrétariat, ainsi qu'au Bureau permanent de la Conférence de La Haye et au secrétariat d'UNIDROIT. De l'avis général, la coordination et la coopération exemplaires entre les trois organisations dans le domaine des sûretés et la publication qui en résultait illustraient on ne peut mieux le type de coordination et de coopération que la Commission appuyait depuis des années. On s'est accordé à dire que cette publication pourrait ouvrir la voie d'une collaboration future entre les trois organisations, en vue d'expliquer l'interrelation entre leurs textes et d'en faciliter ainsi l'adoption par les États.

167. En outre, la Commission a rappelé qu'à sa quarante-quatrième session, en 2011, elle avait prié le Secrétariat de procéder à l'élaboration d'un ensemble commun de principes sur les régimes efficaces d'opérations garanties en coopération avec la Banque mondiale et des experts extérieurs[75]. Elle a noté avec satisfaction que le Secrétariat avait établi une première ébauche résumant les principes de base et les recommandations du Guide sur les opérations garanties, qu'il examinait actuellement avec la Banque mondiale.

168. De plus, la Commission a rappelé qu'à sa quarante-quatrième session, en 2011, elle avait également prié le Secrétariat de coopérer étroitement avec la Commission européenne afin d'assurer une approche concertée en ce qui concerne la loi applicable aux effets des cessions de créances à l'égard des tiers, en tenant compte de l'approche suivie dans la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international et dans le Guide sur les opérations garanties[76]. Elle a noté que sa demande avait été communiquée par le Secrétariat à la Commission européenne et il lui a été fait savoir que: a) le British Institute of International and Comparative Law avait réalisé sur ce sujet une étude commandée par la Commission européenne[77]; b) la Commission européenne était en train d'analyser cette étude et n'avait pas encore pris position sur la question; c) le rapport de la Commission européenne sur les aspects réels des cessions de créances

---

[73] Ibid., par. 280 à 283.

[74] Disponible à l'adresse www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/security/2011UNCITRAL_HCCH_Unidroit_texts.html.

[75] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 17* (A/66/17), par. 228.

[76] Ibid., par. 229 à 231.

[77] Rapport final disponible (en anglais seulement) à l'adresse http://ec.europa.eu/justice/civil/files/report_assignment_en.pdf.

serait achevé en 2013; et d) la Commission européenne se félicitait de la possibilité d'établir une approche coordonnée avec la CNUDCI. Cette dernière a remercié le Secrétariat de ses efforts et la Commission européenne de sa réponse positive. Il a été largement estimé qu'il serait dans l'intérêt de toutes les parties concernées de mettre en œuvre une approche coordonnée de manière à éviter que des lois différentes ne s'appliquent à l'opposabilité et à la priorité des droits des cessionnaires de créances en fonction du for dans lequel la question se posait. À l'issue de la discussion, la Commission a prié le Secrétariat de poursuivre ses activités de coordination.

## B. Rapports d'autres organisations internationales

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

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

170. Une déclaration a été faite au nom d'UNIDROIT, qui s'est félicité de la coordination et de la coopération actuelles avec la CNUDCI et a réaffirmé sa ferme volonté de travailler en étroite collaboration avec cette dernière en vue d'assurer la cohérence des travaux menés par les deux organisations, d'éviter les chevauchements et doubles emplois et de tirer le meilleur parti des ressources allouées par leurs États membres respectifs.

171. UNIDROIT a communiqué ce qui suit:

a) À la suite de l'adoption des Principes d'UNIDROIT 2010, le Conseil de direction d'UNIDROIT avait, à sa quatre-vingt-onzième session, tenue à Rome, du 7 au 9 mai 2012, chargé son secrétariat d'élaborer des clauses types afin que les parties puissent plus aisément intégrer ces principes (voir plus haut, par. 137) dans les clauses de leur contrat ou les choisir comme règles de droit régissant leur contrat;

b) Le Protocole portant sur les questions spécifiques aux biens spatiaux à la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles[78] avait été adopté à la Conférence diplomatique pour l'adoption du projet de protocole portant sur les questions spécifiques aux biens spatiaux à la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles, tenue à Berlin du 27 février au 9 mars 2012. Entre autres résolutions importantes, la Conférence diplomatique avait invité les organes directeurs de l'Union internationale des télécommunications (UIT) à examiner la question de savoir si l'UIT accepterait de devenir l'autorité de surveillance du registre international qui serait mis en place en vertu du Protocole;

c) Il a été noté que les négociations sur la mise en place du registre prévu par le Protocole portant sur les questions spécifiques au matériel roulant ferroviaire à la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles étaient bien avancées et devraient se conclure prochainement.

---

[78] La Convention et ses Protocoles sont disponibles à l'adresse www.unidroit.org/french/conventions/mobile-equipment/main.htm.

Le Conseil de direction d'UNIDROIT avait chargé son secrétariat d'étudier l'intérêt économique que pourrait présenter l'élaboration d'un quatrième protocole à la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles, qui porterait sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement agricoles, de construction et miniers;

d) Le Conseil de direction d'UNIDROIT avait autorisé un comité d'experts gouvernementaux à examiner et finaliser le projet de principes applicables à la force exécutoire des dispositions relatives à la compensation avec déchéance du terme, qu'un groupe d'étude d'UNIDROIT avait élaboré en 2010 et 2011[79]. Ce comité tiendrait sa première session à Rome du 1er au 5 octobre 2012;

e) Suite à la publication du Commentaire officiel de la Convention d'UNIDROIT sur les règles matérielles relatives aux titres intermédiés, le Comité sur les marchés émergents et les questions de suivi et de mise en œuvre s'était réuni à Rio de Janeiro (Brésil) en mars 2012. Le Conseil de direction d'UNIDROIT s'est félicité de la proposition du Comité d'élaborer un guide législatif pour conseiller les pays souhaitant ratifier la Convention[80], soulignant que ce guide devrait présenter les possibilités de réglementer les domaines du droit qui, bien que liés à la Convention, n'étaient pas directement ou pleinement traités par cet instrument;

f) Le comité de suivi de l'application de la Convention d'UNIDROIT sur les biens culturels volés ou illicitement exportés de 1995[81] s'était réuni à Paris le 19 juin 2012 et les Dispositions modèles de l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture et d'UNIDROIT définissant la propriété de l'État sur les biens culturels non découverts[82], achevées en 2011, seraient publiées sous peu;

g) Compte tenu de la discussion tenue lors d'un colloque sur les aspects de droit privé de la promotion de l'investissement pour la production agricole, organisé par UNIDROIT à Rome du 8 au 10 novembre 2011[83], et des consultations entre UNIDROIT et les organismes des Nations Unies spécialisés dans l'agriculture, l'aide alimentaire et le développement rural et ayant leur siège à Rome, le Conseil de direction d'UNIDROIT avait autorisé son secrétariat à créer un groupe d'étude afin d'élaborer un document international d'orientation sur les arrangements d'agriculture contractuelle et à inviter l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture, le Fonds international de développement agricole et d'autres organisations internationales intéressées à participer à ses travaux. Le Conseil de direction d'UNIDROIT avait également autorisé son secrétariat à poursuivre ses consultations en vue de l'éventuelle élaboration d'un document international d'orientation sur les contrats d'investissement foncier.

---

79 Disponible (en anglais) à l'adresse www.unidroit.org/english/studies/study78c/main.htm.

80 Disponible à l'adresse www.unidroit.org/french/conventions/2009intermediatedsecurities/main.htm.

81 Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2421, n° 43718.

82 Disponible à l'adresse www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/pdf/UNESCO-UNIDROIT_Model_Provisions_fr.pdf.

83 Des informations sur le colloque et le texte des communications sont disponibles à l'adresse www.unidroit.org/english/studies/study80/main.htm.

**Banque mondiale**

172. Une déclaration a été faite au nom de la Banque mondiale, dans laquelle celle-ci remerciait la CNUDCI et son secrétariat de la coopération constante qu'ils lui apportaient. Il a été noté qu'au cours des années précédentes, les travaux de la Banque mondiale à l'appui de la modernisation de l'environnement juridique propice à la croissance économique et au commerce avaient été considérablement renforcés par ceux de la CNUDCI et de ses groupes de travail. On a souligné en particulier le travail fait par les deux organisations pour créer des cadres juridiques uniformes dans le domaine de la passation des marchés publics, de l'arbitrage et de la conciliation, de l'insolvabilité et les opérations garanties.

173. La Banque mondiale a invité la CNUDCI à participer au Forum mondial sur le droit, la justice et le développement (www.globalforumljd.org), son projet de mise en place d'un cadre novateur et dynamique de partage des connaissances destiné à mieux faire comprendre le rôle du droit et de la justice. En réponse à cette invitation, la Commission a chargé le Secrétariat de participer à ce projet.

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

174. À sa session en cours, la Commission a rappelé qu'à sa quarante-troisième session, en 2010, elle avait adopté le relevé de conclusions sur son règlement intérieur et ses méthodes de travail[84]. Au paragraphe 9 de ce relevé, elle avait décidé d'établir et d'actualiser en tant que de besoin une liste des organisations internationales et des organisations non gouvernementales avec lesquelles elle entretenait une coopération de longue date et qui avaient été invitées à ses sessions.

175. La Commission a également rappelé qu'à sa quarante-quatrième session, en 2011, elle avait prié le Secrétariat de revoir la présentation en ligne des informations concernant les organisations intergouvernementales et non gouvernementales invitées à ses sessions et à celles de ses groupes de travail, ainsi que les modalités de la communication de ces informations aux États[85].

176. La Commission a entendu un rapport oral du Secrétariat sur la suite donnée à sa demande. Il a été noté que le Secrétariat tenait une liste en ligne des organisations intergouvernementales et non gouvernementales organisée de telle sorte que les États pouvaient savoir lesquelles étaient invitées aux sessions des différents groupes de travail de la CNUDCI en activité et lesquelles avaient été invitées aux sessions des groupes de travail antérieurs. Il a été noté que toutes les organisations figurant sur cette liste étaient invitées aux sessions annuelles de la Commission.

177. La Commission a également noté que le Secrétariat actualisait constamment cette liste de manière à y fournir des informations à jour. Dans ce contexte, elle a noté que, depuis sa quarante-quatrième session, en 2011, les organisations suivantes avaient été ajoutées à la liste des organisations non gouvernementales invitées aux

---

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

[85] Ibid., *soixante-sixième session, Supplément n° 17* (A/66/17), par. 288 à 298.

sessions de la Commission et de ses groupes de travail: Association intermodale européenne; Business Recovery & Insolvency Practitioners Association of Nigeria; European Multi-channel and Online Trade Association; Miami International Arbitration Society; Pakistan Business Council; et Union internationale des huissiers de justice.

178. Pour ce qui est des modalités de communication des informations pertinentes aux États, la Commission a noté que les liens vers les pages Web contenant la liste la plus à jour continuaient d'être indiqués dans les invitations aux sessions de la Commission et de ses groupes de travail. La Commission a remercié le Secrétariat d'avoir diligemment donné suite à sa requête.

## D. Renforcement de la coopération avec les milieux universitaires

179. La Commission a rappelé qu'à sa quarante-quatrième session, en 2011, elle avait décidé que le Secrétariat devrait étudier la possibilité d'inviter un petit nombre de grandes revues juridiques spécialisées à se faire représenter en tant qu'observateurs aux sessions de la Commission et de ses groupes de travail, étant entendu que ces revues diffuseraient ensuite des informations sur les nouveaux projets et les normes existantes, afin de faire mieux connaître les travaux normatifs et d'assistance technique de la Commission[86].

180. Le Secrétariat a signalé à la Commission que depuis sa quarante-quatrième session, en 2011, plusieurs institutions avaient demandé à participer à ses sessions en qualité d'observateurs. Il avait dû refuser plusieurs demandes au motif que les critères d'admissibilité n'étaient pas respectés, notamment parce que l'institution n'avait de dimension internationale ni dans son objet ni dans sa composition, parce qu'il y avait des doutes quant à sa capacité de contribuer de manière originale et utile aux délibérations de la session, ou parce que l'expérience juridique ou commerciale dont elle se prévalait était déjà suffisamment représentée à la session. La Commission a invité le Secrétariat à appliquer rigoureusement les critères d'admissibilité aux établissements universitaires.

181. La Commission a rappelé que, dans sa résolution fondatrice, l'Assemblée générale l'avait autorisée à consulter toute organisation internationale ou nationale, toute institution scientifique ainsi que tout expert, ou à faire appel à leurs services, au sujet de toute question dont l'étude lui était confiée, si elle estimait que cette consultation ou ces services pouvaient l'aider à s'acquitter de ses fonctions[87]. La Commission a donc jugé qu'il convenait que le Secrétariat invite des représentants des milieux académiques, à titre personnel, à intervenir ponctuellement lors de ses sessions ou de celles de ses groupes de travail, si une telle intervention l'aidait à s'acquitter de ses fonctions. Elle a réaffirmé sa conviction qu'il importait de renforcer la coopération avec les milieux universitaires et d'encourager les recherches liées à ses travaux.

---

86 Ibid., par. 298. À cette session, la Commission s'est par ailleurs déclarée favorable à ce que l'on examine les moyens de diffuser plus largement ses instruments (ibid., par. 319).

87 Résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale, par. 11.

# XIX. Présence régionale de la CNUDCI

## A. Création du Centre régional de la CNUDCI pour l'Asie et le Pacifique: rapport d'activité

182. La Commission a rappelé qu'à sa quarante-quatrième session, en 2011, un large soutien avait été exprimé en faveur de la création de centres régionaux de la CNUDCI, considérée comme une mesure originale mais importante pour la Commission, qui l'aiderait à se rapprocher des pays en développement et à leur apporter une assistance technique[88]. À cette session, en particulier, elle avait approuvé la création d'un centre régional de la CNUDCI pour l'Asie et le Pacifique à Incheon (République de Corée)[89]. L'Assemblée générale, dans sa résolution 66/94, s'était félicitée de cette décision et avait remercié le Gouvernement de la République de Corée de sa généreuse contribution à ce projet pilote.

183. Le Centre régional a été inauguré officiellement le 10 janvier 2012 par le Secrétaire général adjoint aux affaires juridiques et Conseiller juridique de l'ONU, qui a insisté sur l'importance du principe de l'état de droit et sur le rôle du Centre dans l'amélioration du commerce international et le développement de la région Asie-Pacifique. L'inauguration a été suivie d'un atelier régional où des experts ont traité du rôle du Centre et de l'importance des textes de la CNUDCI pour la région[90].

184. La Commission a entendu un rapport oral présenté par le directeur du Centre régional sur les progrès réalisés depuis la création du Centre. Elle a été informée que les effectifs du Centre régional étaient actuellement au complet, avec un directeur et un assistant financés par la contribution du Gouvernement de la République de Corée au budget du projet, et un juriste détaché à titre gracieux par ce même Gouvernement. Il a été noté que les activités du Centre régional avaient consisté essentiellement à évaluer les besoins et à répertorier les projets existants touchant la réforme du droit commercial en vue d'en accroître la coordination. Il a été souligné qu'une importance particulière avait été accordée à la coordination avec d'autres organisations régionales, en particulier la CESAP. L'établissement de contacts réels avec les États disposant déjà des ressources et des capacités nécessaires pour une réforme du droit commercial était également une priorité.

185. Les États ont été invités à envisager de contribuer aux activités du Centre régional en fournissant des ressources financières ou humaines, des contributions en nature ou tous autres moyens appropriés. Il a été ajouté que non seulement les États déjà associés à la réforme du droit commercial dans la région en tant que donateurs ou partenaires, mais aussi ceux qui jugeaient stratégique de développer les échanges commerciaux avec cette région et tenaient donc à accroître la prévisibilité juridique de ces échanges, pourraient être potentiellement intéressés par une coopération plus étroite avec le Centre.

---

88 *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 17* (A/66/17), par. 264.

89 Ibid., par. 267 et 269.

90 On trouvera davantage d'informations sur le Centre régional et son inauguration à l'adresse www.uncitral.org/uncitral/fr/tac/rcap.html.

186. Il a été indiqué en outre que d'un point de vue opérationnel, le Centre régional avait choisi l'Asie de l'Est et le Pacifique comme zones prioritaires de ses travaux compte tenu des demandes exprimées et des initiatives existantes, et que ses principaux domaines de travail étaient actuellement les modes alternatifs de règlement des litiges, la vente de marchandises et le commerce électronique.

## B. Présence régionale dans d'autres parties du monde

187. La Commission a pris note de déclarations d'États membres intéressés par la création de centres régionaux de la CNUDCI.

188. En particulier, le représentant de Singapour a déclaré que, suite à sa précédente expression d'intérêt pour l'accueil d'un centre de la CNUDCI, son Gouvernement avait communiqué avec le Secrétariat sur cette question et que les objectifs et la structure de base de la création d'un tel centre avaient été définis à titre provisoire. Le Gouvernement a donc proposé qu'un centre de la CNUDCI soit créé à Singapour, fonctionnant sous la supervision du Secrétaire de la CNUDCI et collaborant, selon qu'il conviendra, avec le Centre régional de la CNUDCI pour l'Asie et le Pacifique.

189. Il a également été dit que les activités proposées pour le centre de la CNUDCI à Singapour pourraient porter notamment sur la formation aux textes de la CNUDCI et à d'autres textes pertinents de droit commercial international, ce qui contribuerait à une meilleure compréhension du droit commercial international, sur la promotion de l'adoption des textes de la CNUDCI, en particulier dans le contexte de la coopération régionale, et sur l'organisation de réunions de fond à l'appui des travaux menés par la CNUDCI sur l'élaboration de normes législatives. Il a été indiqué que le centre rendrait compte de ses activités à la session annuelle de la Commission.

190. Enfin, il a été dit que le Gouvernement de Singapour apportait son appui, notamment un financement initial, au centre proposé, et qu'il mettrait tout en œuvre pour continuer de mobiliser des ressources existantes à l'appui des activités de ce centre.

191. Le représentant de Singapour s'est dit confiant que le centre proposé, tout comme les autres centres régionaux, sous-régionaux ou nationaux de la CNUDCI déjà créés ou qui allaient l'être, contribuerait de manière significative à l'action de la CNUDCI et à la paix et au développement dans le monde.

192. Le représentant du Kenya a confirmé l'intérêt de son Gouvernement pour l'accueil d'un centre régional de la CNUDCI à Nairobi, soulignant que le lieu proposé était d'autant plus approprié qu'il s'y trouvait déjà une présence internationale et d'excellentes installations. Plusieurs autres délégués ont souligné qu'il importait d'établir une présence de la CNUDCI en Afrique.

193. La Commission s'est félicitée des offres du Kenya et de Singapour, priant le Secrétariat de continuer d'étudier les modalités administratives de la création de ces centres et notant l'importance de maintenir une coordination étroite entre les centres régionaux.

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

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

195. La Commission a rappelé qu'un point concernant son rôle dans la promotion de l'état de droit aux niveaux national et international figuraient à son ordre du jour depuis 2008, en réponse à l'invitation que lui avait faite l'Assemblée générale de lui rendre compte, dans les rapports qu'elle lui soumettait, de ce qu'elle faisait actuellement pour promouvoir l'état de droit[91]. La Commission a rappelé qu'elle avait transmis les observations demandées dans les rapports annuels qu'elle avait présentés à l'Assemblée[92], exprimant en particulier sa conviction que la promotion de l'état de droit dans les relations commerciales devrait faire partie intégrante du programme d'ensemble des Nations Unies pour la promotion de 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. La Commission a noté avec satisfaction que ce point de vue avait été approuvé à plusieurs reprises par l'Assemblée générale[93].

196. La Commission a également pris note de la résolution 66/102 de l'Assemblée générale sur l'état de droit aux niveaux national et international. Elle a noté en particulier qu'au paragraphe 12 de cette résolution, l'Assemblée avait invité la Commission (ainsi que la Cour internationale de Justice et la Commission du droit international) à continuer de lui rendre compte, dans les rapports qu'elles lui soumettaient, de ce qu'elles faisaient actuellement pour promouvoir l'état de droit. La Commission a également pris note des paragraphes 15 à 18 de la résolution concernant la réunion de haut niveau de l'Assemblée générale sur l'état de droit, prévue le 24 septembre 2012, et du paragraphe 20, par lequel l'Assemblée avait invité les États Membres et le Secrétaire général à proposer des sous-thèmes dont la Sixième Commission pourrait débattre à l'avenir.

197. La Commission a rappelé qu'à sa quarante-troisième session, en 2010, elle avait dit qu'elle jugeait 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 faits dans l'intégration des travaux de la CNUDCI aux activités relatives à l'état de droit menées conjointement à l'échelle du système. À cette fin, elle avait prié le Secrétariat d'organiser des

---

91 Résolutions 62/70, par. 3; 63/128, par. 7; 64/116, par. 9; 65/32, par. 10; et 66/102, par. 12 de l'Assemblée générale.

92 *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-troisième session, Supplément n° 17* et rectificatifs (A/63/17 et Corr.1 et 2), par. 386; ibid., *soixante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/64/17), par. 415 à 419; ibid., *soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), par. 313 à 336; et ibid., *soixante-sixième session, Supplément n° 17* (A/66/17), par. 299 à 321.

93 Résolutions 63/120, par. 11; 64/111, par. 14; 65/21, par. 12 à 14; et 66/94, par. 15 à 17.

réunions d'information avec le Groupe de l'état de droit tous les deux ans, lorsque ses sessions se tenaient à New York[94].

198. Comme suite à cette demande, la réunion d'information sur l'état de droit s'est tenue durant la session, avec en point de mire la réunion de haut niveau. Durant la première partie de cette réunion d'information, la CNUDCI a été informée des préparatifs de la réunion de haut niveau. Durant la seconde partie, les représentants des États et des organisations ont suggéré des points que la CNUDCI pourrait mentionner dans ses observations qu'elle soumettra à l'Assemblée générale cette année.

## A. Résumé de la réunion d'information

199. La déclaration liminaire a été prononcée au nom du Secrétaire général adjoint aux affaires juridiques et Conseiller juridique par la Directrice par intérim du Bureau des affaires juridiques et Directrice de la Division des questions juridiques générales du Bureau des affaires juridiques. Elle a souligné qu'il n'y avait aucun doute au sein du système des Nations Unies quant au rôle important que jouait la CNUDCI dans la promotion de l'état de droit mais que peu avait été fait pour intégrer les instruments et outils de la CNUDCI aux activités conjointes des Nations Unies en matière d'état de droit, ce qui était particulièrement regrettable puisque le besoin des compétences spécialisées de la CNUDCI, de ses instruments et de ses outils ressortait clairement des rapports émanant des opérations des Nations Unies sur le terrain, qui faisaient état de capacités insuffisantes pour ce qui est des mesures visant la revitalisation économique, la création d'emplois et le développement du secteur privé. Entre autres mesures qui permettraient au public visé de bénéficier du produit des travaux de la CNUDCI et de sa grande expérience, elle a mentionné la nécessité d'une participation soutenue des pays intéressés eux-mêmes, l'extension des activités de communication de la CNUDCI et la participation active des Nations Unies et des autres fournisseurs d'assistance en matière d'état de droit sur le terrain.

200. La Commission a ensuite entendu un exposé d'un représentant du Groupe de l'état de droit sur les faits survenus en ce qui concerne le programme des Nations Unies en matière d'état de droit depuis l'exposé qui lui avait été présenté en 2010. L'orateur a souligné que plusieurs organismes des Nations Unies, notamment le Conseil de sécurité, reconnaissaient de plus en plus l'importance des activités dans le domaine de l'état de droit promouvant le développement économique, et noté qu'il fallait trouver des moyens de refléter cette reconnaissance croissante dans l'action des Nations Unies. L'attention de la Commission a été appelée sur: a) le rapport du Secrétaire général intitulé "Rendre la justice: programme d'action visant à renforcer l'état de droit aux niveaux national et international" (A/66/749), soumis pour examen aux États Membres en vue de la réunion de haut niveau sur l'état de droit qui se tiendra conformément à la résolution 66/102 de l'Assemblée générale; b) la préoccupation croissante due au fait que les arrangements institutionnels actuels des Nations Unies dans le domaine de l'état de droit n'ont pas réussi à promouvoir une approche coordonnée et cohérente des efforts des Nations Unies en

---

[94] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), par. 335.

la matière; et c) les efforts déployés par le Vice-Secrétaire général pour répondre à cette préoccupation. La Commission a pris note de l'observation selon laquelle il serait opportun de recueillir des données sur l'incidence de l'assistance technique de la CNUDCI, ce qui répondrait également aux appels de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité aux fins d'une évaluation de l'efficacité des activités d'assistance des Nations Unies en matière d'état de droit.

201. La Commission a ensuite entendu un exposé du représentant du Mexique auprès de l'Organisation des Nations Unies et cofacilitateur des consultations informelles des États Membres sur un document final de la réunion de haut niveau, sur l'évolution de ces consultations. La Commission a appris que certaines des dispositions qu'il était envisagé d'inclure dans ce document reconnaissaient la contribution de la CNUDCI à la promotion de l'état de droit dans le commerce international.

202. La seconde partie de la réunion d'information a été ouverte par le représentant de l'Autriche, qui a souligné la composante économique de l'état de droit et en particulier la contribution de la CNUDCI à la promotion de l'état de droit dans les contextes national et international. Il a mentionné spécifiquement la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, outil important dans la lutte contre la corruption, les instruments de la CNUDCI dans le domaine du règlement des différends commerciaux, pertinents pour la promotion de l'accès à la justice et d'une culture de l'état de droit dans la société en général, et les textes juridiques de la CNUDCI sur l'insolvabilité, qui prévoient le règlement de difficultés financières fondé sur le respect des règles, ainsi que des mécanismes de sortie et la répartition des actifs. Pour conclure, il a noté que les efforts de promotion de l'état de droit aux niveaux national et international ne servaient pas un but abstrait mais visaient la protection des droits et intérêts des personnes, ajoutant que la CNUDCI avait un impact peut-être moins visible mais non moins important car elle s'attaquait aux causes profondes de tensions et problèmes économiques, tels que la pauvreté et l'inégalité ou encore les différends sur l'accès à des ressources partagées.

203. Des représentants du PNUD, de l'OIDD, de l'International Law Institute et d'Alfa-Redi (une organisation non gouvernementale invitée à participer au débat pour ses travaux de promotion de l'état de droit en tant que composante de la société de l'information) ont présenté les enseignements tirés de l'assistance aux États dans le domaine du renforcement de l'état de droit au niveau national. Un représentant de l'OIDD a souligné que le succès des réformes de l'état dans quelque secteur que ce soit nécessitait une prise en main de ces activités par les pays, la participation des acteurs de la société civile et un engagement local envers ces réformes à tous les niveaux, des décideurs politiques et hauts fonctionnaires aux agents d'exécution. Il a donc été jugé primordial de travailler avec les agents nationaux et de ne pas imposer de solutions.

204. Ce message a été appuyé par une déclaration de l'un des participants, selon lequel l'objectif des travaux des Nations Unies dans le domaine de l'état de droit n'était pas d'imposer des systèmes juridiques étrangers ou démesurément complexes mais d'appliquer des principes de base en la matière aux situations et nécessités locales et d'aider à intégrer plusieurs disciplines spécifiques dans des normes d'état de droit communément acceptables. D'autres intervenants ont souligné que c'était précisément ce que faisait la CNUDCI en harmonisant les approches juridiques et les pratiques commerciales inscrites dans les législations nationales de divers

systèmes juridiques et en fournissant des modèles aux fins de la réforme. Sans ceux-ci les législateurs avaient des difficultés à progresser; munis de tels textes, les responsables locaux pouvaient se consacrer plus efficacement aux particularités locales. Il a été noté que les méthodes de travail mêmes de la CNUDCI contribuaient à l'harmonisation en permettant aux délégations de pays à systèmes juridiques divers d'échanger des idées; la connaissance d'autres systèmes contribuait à promouvoir une meilleure compréhension de la manière d'interagir dans le commerce international.

205. Des exemples ont été donnés de l'utilisation de textes de la CNUDCI comme modèles pour des réformes locales dans divers domaines du droit commercial. Un lien entre les textes de la CNUDCI et l'état de droit dans un contexte plus large a été illustré par un exemple d'utilisation de ces textes dans le domaine des sûretés et plus particulièrement des sûretés réelles mobilières sans dépossession, donné par un représentant de l'ILI. Il a été dit que, d'après des études d'universitaires et de praticiens, en l'absence de telles dispositions, des personnes voulant absolument démarrer leur activité avaient recouru à des moyens illicites (tels que le faux et l'usage de faux), ce qui avait entraîné dans certains pays davantage de condamnations pénales que pour l'ensemble des condamnations pour meurtre, vol à main armée et autres délits majeurs. Le lien entre les travaux de la CNUDCI et la bonne gouvernance a été illustré par un renvoi aux textes de la CNUDCI dans le domaine de la passation des marchés publics et les projets d'infrastructure à financement privé, qui favorisaient l'intégrité, la confiance, l'équité, la transparence et la responsabilité dans les dépenses publiques. Un représentant du PNUD a donné des exemples de cas où les travaux de celui-ci sur la démarginalisation des pauvres par le droit pouvaient s'appuyer sur les travaux de la CNUDCI, notamment en ce qui concerne la réglementation de la microfinance, des microentreprises, de l'accès à la justice et de l'exécution des contrats.

206. Plusieurs intervenants ont souligné l'importance des textes de la CNUDCI pour ce qui est de faire le lien entre les engagements de haut niveau des États, consacrés par des traités, déclarations ou autres instruments internationaux, et leur application dans la vie quotidienne des populations. La Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, par exemple, était largement considérée comme un outil indispensable pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption; les instruments de la CNUDCI dans le domaine des projets d'infrastructure à financement privé étaient jugés utiles pour la mise en œuvre du document issu de la Conférence des Nations Unies sur le développement durable intitulé "L'avenir que nous voulons"[95] (voir plus haut, par. 115); et les lois types et règles de la CNUDCI dans le domaine de l'arbitrage commercial et de la conciliation étaient considérées importantes pour l'application effective de la Convention de New York de 1958.

207. D'autres intervenants ont souligné la nécessité d'une meilleure coordination des activités en matière d'état de droit aux niveaux national et international et de mieux les adapter aux réalités de la société de l'information. Un représentant d'Alfa-Redi a donné un exemple de règles et d'efforts contradictoires aux niveaux régional et international qui avaient une incidence néfaste sur l'interopérabilité des systèmes de commerce électronique et de gouvernance électronique de plusieurs

---

[95] Résolution 66/288 de l'Assemblée générale, annexe.

pays, la conclusion étant que l'état de droit ne pouvait exister lorsque le désordre régnait quant aux règles applicables. On a souligné le rôle de la CNUDCI en tant que principal organe juridique dans le domaine du droit commercial international, chargé de coordonner les activités de différents organismes actifs dans ce domaine et d'encourager la coopération entre eux.

208. La Commission a entendu diverses suggestions concernant un programme d'action qu'elle pourrait recommander aux États en vue de renforcer l'état de droit dans les relations commerciales, parmi lesquelles: a) la création de tribunaux internationaux (semblables au Tribunal international du droit de la mer) compétents pour donner des avis consultatifs sur les conventions internationales régissant les questions de droit commercial (telles que la Convention de New York de 1958 ou la Convention des Nations Unies sur les ventes), compte tenu du fait que la Cour internationale de Justice ne peut connaître des différends entre parties privées; b) le renforcement des capacités des autorités judiciaires locales pour ce qui est de traiter des différends de droit commercial, notamment par la création de tribunaux spécialisés et la fourniture d'une formation ciblée aux juges de ces tribunaux (il n'était pas nécessaire de créer un système juridique distinct mais simplement de disposer de juges spécialisés dans les tribunaux civils ordinaires); c) des recherches accrues d'établissements universitaires sur des questions de droit commercial et l'incidence des réformes du droit commercial sur le développement économique et l'état de droit; et d) la création de services de réforme du droit commercial dotés des compétences pertinentes, ou le renforcement des services et compétences existants, au sein des ministères de la justice, des assemblées parlementaires et des commissions parlementaires chargées de la question, selon qu'il convient.

209. La Commission a également entendu un avis selon lequel les programmes d'assistance en matière d'état de droit s'attachaient souvent trop aux réformes institutionnelles et pas assez à l'incidence des réformes législatives sur les institutions et l'appareil judiciaire. Elle a aussi entendu un autre avis selon lequel, même si le lien entre l'état de droit et le développement économique était établi de longue date, l'incidence mutuellement bénéfique de l'un sur l'autre restait à examiner. Enfin, il a été jugé important de souligner que l'état de droit dans le contexte du développement économique ne consistait pas seulement ni essentiellement à attirer l'investissement étranger mais aussi à assurer le développement intérieur.

210. Lors de la réunion d'information, des intervenants ont exprimé l'avis qu'au cours de ses 45 années d'existence, la Commission avait apporté et continuait d'apporter une contribution considérable au renforcement de l'état de droit dans les relations commerciales, au commerce international et à l'état de droit au sens large aux niveaux national et international, constituant un point d'articulation vital entre les deux, et entre le droit public et le droit privé. Cette contribution devait être dûment reconnue par les États et le système des Nations Unies dans le cadre de la réunion de haut niveau et dans le document final de celle-ci.

## B. Mesures à prendre par la Commission

### Résultats possibles de la réunion de haut niveau

211. La Commission a noté qu'au paragraphe 16 de la résolution 66/102, l'Assemblée générale avait décidé que la réunion de haut niveau donnerait lieu à l'établissement d'un document concis. La Commission a unanimement estimé que le document final devrait mentionner les travaux de la CNUDCI et reconnaître sa contribution à la promotion de l'état de droit dans le domaine économique, cruciale pour la promotion de l'état de droit de manière plus générale.

212. La Commission a noté que le Secrétariat était disposé à aider les États Membres à élaborer des mesures à l'appui des objectifs de la CNUDCI, s'ils décidaient eux-mêmes de prendre de telles mesures à l'occasion de la réunion de haut niveau ou à toute autre occasion. On a appuyé l'idée de faire connaitre aux États, pour examen, des mesures possibles recommandées par le secrétariat de la CNUDCI compte tenu de l'expérience acquise au cours des activités d'assistance technique et de coopération de la Commission. Il a également été dit que ces mesures recommandées pourraient aussi être examinées par la Commission elle-même à une session ultérieure (voir ci-après, par. 218 à 223).

### Déclaration du Président de la quarante-cinquième session de la CNUDCI à la réunion de haut niveau

213. On s'est inquiété de ce qu'au paragraphe 15 b) de la résolution 66/102 de l'Assemblée générale, le Président de la CNUDCI ne figurait pas sur la liste des orateurs de la réunion de haut niveau. La Commission a souligné unanimement qu'il importait que le Président de la CNUDCI prenne la parole à cette réunion, position jugée conforme au paragraphe 12 de la résolution 66/102, par lequel l'Assemblée avait invité la Commission (ainsi que la Cour internationale de Justice et la Commission du droit international) à continuer de lui rendre compte de ce qu'elles faisaient actuellement pour promouvoir l'état de droit (voir plus haut, par. 196). On a également estimé que cette position était conforme à l'avis de la Commission, approuvé par l'Assemblée, selon lequel la promotion de l'état de droit dans les relations commerciales devrait faire partie intégrante du programme d'ensemble des Nations Unies pour la promotion de l'état de droit aux niveaux national et international (voir plus haut, par. 195). Autrement, a-t-on noté, le seul organe du système des Nations Unies spécialisé dans le domaine du droit commercial international serait exclu d'un débat sur l'état de droit se voulant large et global à l'Assemblée.

214. La réunion de haut niveau était considérée comme une occasion unique pour la communauté internationale de se pencher sur les questions d'état de droit sous l'angle du droit commercial et d'accroître les connaissances de tous en ce qui concerne l'impact des réformes du droit commercial sur la promotion de l'état de droit et le rôle de la CNUDCI à cet égard.

215. La Commission a prié le Président de sa quarante-cinquième session de transmettre au Bureau du Président de l'Assemblée générale les avis qu'elle exprimait dans le présent rapport.

216. La Commission a été informée que le Bureau des affaires juridiques avait prié le Bureau du Président de l'Assemblée générale d'inviter le Président de la CNUDCI à faire une déclaration à la réunion de haut niveau. Le Bureau des affaires juridiques a fait savoir qu'il n'existait aucun obstacle de procédure à ce que le Président de la CNUDCI prenne la parole à cette réunion; il appartenait donc aux États de faire preuve de volonté politique pour s'accorder sur ce point avec le Président de l'Assemblée générale.

217. On a jugé essentiel que les États Membres eux-mêmes n'omettent pas de mentionner dans leurs déclarations à la réunion de haut niveau les domaines de travail de la CNUDCI et son rôle dans la promotion de l'état de droit.

**Messages de la CNUDCI à la réunion de haut niveau**

218. La Commission est convenue que son message à la réunion de haut niveau devrait consister en un message aux États et un message au système des Nations Unies.

219. S'agissant du message aux États, la Commission a noté en particulier que les capacités locales de réforme du droit commercial devraient être continuellement renforcées, compte tenu du fait que le droit commercial évolue constamment suivant les pratiques commerciales. Cependant, il ressortait de l'expérience tirée des activités d'assistance technique et de coopération de la CNUDCI, dont celles du Centre régional de la CNUDCI pour l'Asie et le Pacifique, récemment créé (voir plus haut, par. 182 à 186), que sous la pression d'autres priorités à traiter, les besoins locaux en matière de réformes du droit commercial étaient systématiquement négligés, les ressources étant alors allouées à d'autres domaines et la capacité des pays d'entreprendre des réformes du droit commercial amoindries d'autant. Dans de nombreux États, les travaux directeurs et législatifs concernant les normes juridiques internationales n'avaient pas suivi l'évolution du commerce international et de la finance internationale. Dans certains États, une bonne législation commerciale pouvait exister mais son impact économique était limité faute de capacités locales permettant de les interpréter et de les appliquer correctement. Souvent, les administrations publiques manquaient de spécialistes de la réforme du droit commercial avec lesquels le secrétariat de la CNUDCI pourrait établir un dialogue durable. Pour surmonter ces difficultés, les États devaient participer durablement et activement aux réformes du droit commercial.

220. Un tel effort devait se traduire par des mesures concrètes que chaque État pourrait prendre, telles que:

a) Créer un centre national d'expertise en droit commercial international capable de déterminer les besoins locaux en matière de réformes du droit commercial, d'utiliser les normes et les outils d'assistance technique de la CNUDCI pour répondre à ces besoins et de promouvoir une approche coordonnée du traitement des mêmes questions par un État dans différentes instances, notamment pour ce qui est de négocier un plan d'aide au développement propre au pays;

b) Mettre en place un mécanisme de recensement, d'analyse et de suivi de la jurisprudence nationale relative aux textes de la CNUDCI intéressant l'État en question et intégrer ce mécanisme aux systèmes de la CNUDCI conçus pour répondre au besoin de l'appareil judiciaire de mieux comprendre l'application et l'interprétation des normes de la CNUDCI qui prévaut au niveau international et

d'aboutir à une coopération judiciaire internationale réelle. Ces mesures visaient à renforcer les capacités locales dont les États ont besoin pour interpréter les normes de la CNUDCI compte tenu de leur caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de leur application et d'assurer le respect de la bonne foi dans le commerce international[96], et à leur permettre ainsi de satisfaire aux obligations qui leur incombent au titre des conventions internationales pertinentes auxquelles ils sont parties.

221. Pour ce qui est du message au système des Nations Unies, la Commission a rappelé en particulier que selon elle il convenait d'éviter de se concentrer de façon excessive ou exclusive sur certains aspects de la réforme du droit au détriment d'autres aspects moins visibles, la progression de l'état de droit devrait être un processus ouvert et global, l'état de droit et le développement économique se renforçaient mutuellement, et les réformes institutionnelles ne devraient pas être menées au détriment des réformes législatives.

222. En outre, la Commission a rappelé que la promotion de l'état de droit dans les relations commerciales devrait faire partie intégrante du programme d'ensemble des Nations Unies pour la promotion de l'état de droit aux niveaux national et international. Notant la lenteur de cette intégration, la Commission a considéré qu'il fallait: a) désigner le secrétariat de la CNUDCI comme organisme chef de file pour les questions de droit commercial dans les mécanismes présents ou futurs de coordination concernant l'état de droit; b) mener des activités de sensibilisation auprès des équipes de pays afin d'accroître leur connaissance des travaux de la CNUDCI et de l'utilité qu'ils présentaient pour leurs travaux concernant l'état de droit; et c) inscrire les besoins par défaut en matière de réformes du droit commercial dans des modèles servant à élaborer des programmes d'aide au développement propres à chaque pays.

223. On a fait observer que ces messages adressés l'un aux États et l'autre aux Nations Unies se compléteraient: les besoins locaux en matière de réformes du droit commercial devaient être portés à la connaissance de la communauté internationale par les autorités locales, tandis que la communauté internationale formulant et mettant en œuvre un programme d'aide au développement dans un pays donné devait comprendre l'importance de répondre à ces besoins et connaître les capacités de la CNUDCI en la matière. On a noté qu'à long terme, les mesures recommandées devraient contribuer à renforcer les capacités locales des États de procéder continuellement à des réformes du droit commercial au niveau national et de participer de manière coordonnée aux activités d'élaboration de normes d'organismes régionaux et internationaux.

**Sous-thèmes possibles pour les débats futurs de la Sixième Commission**

224. L'attention de la Commission a été appelée sur le paragraphe 20 de la résolution 66/102 de l'Assemblée générale, par lequel celle-ci a invité les États Membres et le Secrétaire général à proposer des sous-thèmes dont la Sixième Commission pourrait débattre. La Commission a noté que son secrétariat avait été

---

[96] Voir par exemple l'article 7 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, l'article 7 de la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises et l'article 5 de la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux.

prié de contribuer à l'élaboration d'un rapport du Secrétaire général dans le cadre de l'application du paragraphe 20 de la résolution 66/102. La Commission a invité ses membres et observateurs à suggérer des sous-thèmes la concernant, sur la base de son expérience du droit commercial international, pour examen par la Sixième Commission, et pris note de sous-thèmes examinés par son secrétariat aux fins de la contribution à ce rapport.

225. Compte tenu des difficultés rencontrées dans l'exercice de ses fonctions de coordination des activités juridiques menées dans le domaine du droit commercial international et de ses décisions précédentes à cet égard, la Commission a recommandé pour examen par la Sixième Commission un sous-thème intitulé: "Moyens d'assurer une coordination effective des activités d'élaboration de normes aux niveaux régional et international".

226. Un autre sous-thème a été suggéré, intitulé "Accès à la justice par les modes alternatifs de règlement des litiges". La Commission a souligné à cet égard le coût et la longueur des réformes du système judiciaire, compte tenu desquels il était peut-être souhaitable de rechercher d'autres moyens de rendre la justice. Il a également été noté que ce sous-thème toucherait inévitablement à des questions liées aux mécanismes de justice traditionnelle et informelle, objet de nombreux débats dans le système des Nations Unies, mais devrait aussi porter sur des questions liées à l'arbitrage et à la conciliation.

227. Le troisième sous-thème suggéré par la Commission était "Incidence mutuellement bénéfique du développement économique et de l'état de droit". La Commission a noté que, dans le système des Nations Unies, l'accent avait été mis jusqu'à présent sur le rôle de l'état de droit dans le développement économique mais non sur le rôle du développement économique dans le renforcement et la stabilisation de l'état de droit à long terme.

## XXI. Une orientation stratégique pour la CNUDCI

228. La Commission était saisie d'une note du Secrétariat sur la planification stratégique (A/CN.9/752 et Add.1), faisant suite à la demande qu'elle avait exprimée à sa quarante-quatrième session, en 2011[97]. Dans cette note, le Secrétariat présentait plusieurs questions que la Commission pourrait prendre en compte en définissant les paramètres d'un plan stratégique pour la CNUDCI, traitant en premier lieu de la situation de la CNUDCI et de son secrétariat et en second lieu du mandat d'harmonisation donné à la CNUDCI par l'Assemblée générale, pouvant être exprimé sous la forme d'un objectif stratégique et de priorités stratégiques. Y étaient examinés le programme de travail de la Commission, le rôle des différents organes de la CNUDCI (la Commission, ses groupes de travail et son secrétariat) dans l'exécution de ce programme, les méthodes de travail utilisées, l'allocation des ressources et les enjeux stratégiques à prendre en considération.

229. La Commission a pris note des considérations stratégiques suivantes (voir document A/CN.9/752/Add.1, par. 26):

---

[97] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 17* (A/66/17), par. 343.

a) Les sujets qui devraient se voir accorder le rang de priorité le plus élevé compte tenu du rôle et de l'utilité de la CNUDCI;

b) L'équilibre optimal entre les activités compte tenu des ressources actuelles;

c) La viabilité du mode de fonctionnement existant, caractérisé par la prédominance des négociations formelles sur les négociations informelles lors de l'élaboration de textes, compte tenu des ressources actuelles;

d) La mobilisation de ressources supplémentaires et la mesure dans laquelle la CNUDCI devrait rechercher des ressources externes pour ses activités, notamment au moyen d'activités conjointes et d'une coopération avec d'autres organismes.

230. Quelques propositions préliminaires ont été faites en ce qui concerne les orientations stratégiques présentées dans la note du Secrétariat. Selon un avis, certaines options présentées dans cette note pouvaient servir de base à un programme de travail de la CNUDCI pour la promotion de l'état de droit aux niveaux national et international. Il a été dit qu'un tel programme pourrait comprendre les éléments suivants:

a) Promouvoir une approche intégrée commençant par l'élaboration d'un projet et se prolongeant par l'assistance technique et le suivi;

b) Élaborer des lignes directrices sur la pratique, à l'intention des juges travaillant dans des domaines internationaux du droit, comme le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) l'a fait en ce qui concerne l'insolvabilité internationale;

c) Officialiser le travail en réseau en créant une liste de participants ("listserv") qui permettrait aux experts de "se rencontrer" et d'échanger des informations, et aiderait les États ayant besoin d'assistance à trouver des experts dans le domaine concerné. On a mentionné à titre d'exemple un mécanisme similaire mis en œuvre par la Conférence de La Haye;

d) Prévoir du temps lors des réunions de la CNUDCI pour que les États échangent des informations sur les initiatives qu'ils prennent pour promouvoir les instruments de la CNUDCI; les États demandeurs d'assistance pourraient ainsi s'informer sur des initiatives dont ils pourraient tirer profit;

e) Développer la coopération entre la CNUDCI et la Banque mondiale en précisant la relation entre développement économique et droit commercial et le rôle que joue cette dernière en aidant les États à développer le commerce extérieur et à l'investissement étranger.

231. La Commission est convenue d'examiner ces questions et de donner des orientations sur celles-ci, notamment, à sa quarante-sixième session. Le Secrétariat a été prié de prévoir dans l'ordre du jour provisoire de cette session suffisamment de temps pour pouvoir examiner en détail ce sujet important.

232. En outre, il a été fait référence aux travaux importants réalisés par la CNUDCI dans le domaine de la fraude commerciale, et notamment à une note du Secrétariat intitulée "Indicateurs de fraude commerciale" (A/CN.9/624 et Add.1 et 2), qui avait

été approuvée par la Commission à sa quarante et unième session, en 2008[98]. Il a été dit que la fraude commerciale restait un obstacle de taille au commerce international et on a noté que, compte tenu du rôle primordial que jouait le secteur privé dans la lutte contre ce phénomène, la CNUDCI était on ne peut mieux placée pour coordonner les efforts faits dans ce domaine et contribuer ainsi à appeler l'attention des législateurs et des décideurs sur cette question importante. Il a été proposé que le Secrétariat organise un colloque sur ce sujet, si ses ressources le permettaient.

# XXII. Concours d'arbitrage commercial international

## A. Concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis 2012

233. 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-neuvième Concours. La phase des plaidoiries s'était déroulée à Vienne du 30 mars au 5 avril 2012. Comme les années précédentes, ce concours était coparrainé par la Commission. Il a été noté que les questions juridiques soumises aux équipes d'étudiants participant au Concours portaient sur l'article 79-2 de la Convention des Nations Unies sur les ventes et concernaient une chaîne d'approvisionnement. Au total, 280 équipes provenant de facultés de droit de 69 pays participaient au Concours. L'équipe ayant le mieux plaidé était celle de la NALSAR (Académie nationale des études et recherches juridiques, Inde). Il était prévu que la phase des plaidoiries du vingtième Concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis se tiendrait à Vienne du 22 au 28 mars 2013.

234. Il a également été noté que le neuvième Concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis (Est) avait été organisé par la Vis East Moot Foundation avec la Section Asie de l'Est du Chartered Institute of Arbitrators et également coparrainé par la Commission. La phase finale s'était tenue à Hong Kong (Chine) du 19 au 25 mars 2012. En tout, 91 équipes de 26 pays avaient participé au Concours. L'équipe ayant le mieux plaidé était celle de l'Université municipale de Hong Kong (City University of Hong Kong). Il était prévu que le dixième Concours (Est) se tiendrait à Hong Kong (Chine) du 11 au 17 mars 2013.

## B. Concours d'arbitrage commercial international de Madrid 2012

235. Il a été noté que l'Université Carlos III de Madrid avait organisé du 28 mai au 1er juin 2012 le quatrième Concours d'arbitrage commercial international de Madrid, également coparrainé par la Commission. Les questions juridiques soumises aux participants avaient porté sur un contrat international de construction où intervenaient la Convention des Nations Unies sur les ventes et les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international[99], et sur l'arbitrage

---

[98] Pour l'examen de ce document par la Commission, voir ibid., *soixante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/62/17), Part I, par. 199 et 200; ibid., *soixante-troisième session, Supplément n° 17* et rectificatifs (A/63/17 et Corr.1 et 2), par. 339 à 344; et ibid., *soixante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/64/17), par. 345 à 348.

[99] Disponible à l'adresse www.unidroit.org/french/principles/contracts/main.htm.

international en vertu de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage, de la Convention de New York de 1958 et du Règlement 2012 de la Chambre de commerce internationale[100]. Au total, 17 équipes de facultés de droit ou de programmes de maîtrise de sept pays avaient participé au Concours de Madrid, en langue espagnole. L'équipe ayant le mieux plaidé était celle de l'Université Carlos III de Madrid. Il était prévu que le cinquième Concours de Madrid se tiendrait du 6 au 10 mai 2013.

# XXIII. Résolutions pertinentes de l'Assemblée générale

236. La Commission a pris note des trois résolutions suivantes adoptées par l'Assemblée générale sur recommandation de la Sixième Commission: la résolution 66/94 concernant le rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa quarante-quatrième session; la résolution 66/95 concernant la Loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur la passation des marchés publics; et la résolution 66/96 concernant la Loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur l'insolvabilité internationale: le point de vue du juge.

237. On a rappelé à la Commission les difficultés rencontrées en 2011 pour communiquer à la Cinquième Commission et à la Sixième Commission de l'Assemblée générale la décision qu'elle avait prise à sa quarante-quatrième session, en 2011, de tenir ses sessions alternativement à New York et à Vienne[101]. On a regretté que dans sa résolution 66/94 adoptée sur recommandation de la Sixième Commission, l'Assemblée se soit bornée à prendre note de l'accord sur la question au sein de la Commission et n'ait pas appuyé avec force le maintien de l'alternance des sessions, jugée essentielle en particulier pour les pays en développement.

238. La Commission a noté qu'il convenait à l'avenir d'adresser à l'Assemblée générale un message suffisamment fort sur les questions relatives aux ressources dont elle dispose. La nécessité d'une coordination plus étroite et plus constante des positions des États à la Cinquième Commission et à la Sixième Commission a également été soulignée.

# XXIV. Questions diverses

## A. Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme: mise en œuvre du cadre de référence "protéger, respecter et réparer" des Nations Unies

239. La Commission a pris note des Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme: mise en œuvre du cadre de référence "protéger, respecter et

---

[100] Disponible à l'adresse www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Rules-of-arbitration/Download-ICC-Rules-of-Arbitration/ICC-Rules-of-Arbitration-in-several-languages/.

[101] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 17* (A/66/17), par. 334 à 340.

réparer" des Nations Unies[102], que le Conseil des droits de l'homme avait adoptés dans sa résolution 17/4. Dans cette résolution, le Conseil des droits de l'homme avait prié le Secrétaire général d'établir un rapport sur la manière dont le système des Nations Unies dans son ensemble pouvait contribuer à l'avancement du débat sur la question des entreprises et des droits de l'homme ainsi qu'à la diffusion et à l'application des Principes directeurs, en examinant en particulier la manière dont le renforcement des capacités de tous les acteurs concernés à cette fin pouvait être effectué au mieux au sein du système des Nations Unies.

240. Une délégation a proposé d'inscrire la question des entreprises et des droits de l'homme au programme de travaux futurs de la Commission. Il a été suggéré d'examiner les Principes directeurs à une session future de la Commission. Faute de temps, cette proposition et cette suggestion n'ont pas été examinées par la Commission à sa quarante-cinquième session.

## B. Droit à l'établissement de comptes rendus analytiques

241. La Commission a rappelé qu'à sa quarante-quatrième session, en 2011, elle avait examiné la proposition de remplacer les comptes rendus analytiques de ses réunions, soit par des transcriptions non éditées des débats, soit par des enregistrements numériques des débats. À cette session, elle s'était dite disposée à examiner de nouveau la question à sa quarante-cinquième session sur la base d'un rapport dans lequel le Secrétariat présenterait les questions et options en jeu[103].

242. La Commission a entendu un rapport du Secrétariat sur le système d'enregistrement numérique disponible à l'Organisation des Nations Unies et assisté à une démonstration sur le site Web où les enregistrements numériques de l'un des organismes des Nations Unies étaient actuellement accessibles. Elle a également été informée que son secrétariat avait demandé que des enregistrements numériques des débats de la quarante-cinquième session soient établis en sus des comptes rendus analytiques afin d'examiner leur utilité par rapport à ces derniers.

243. La Commission a rappelé les différences entre les comptes rendus analytiques et les autres documents de la CNUDCI. Elle a rappelé que la CNUDCI n'utilisait ces comptes rendus que dans le contexte de ses délibérations en vue de l'élaboration d'un instrument normatif, notamment lors de réunions de comités pléniers, mais pas lors des réunions des groupes de travail. Il a également été rappelé que les suggestions de renoncer aux comptes rendus analytiques ou de les réduire n'étaient pas nouvelles et avaient déjà été examinées à la Commission, notamment à sa trente-septième session, en 2004[104]. La Commission a rappelé qu'elle avait à l'époque souligné à l'unanimité l'importance des comptes rendus analytiques comme éléments essentiels des travaux préparatoires qui devraient être disponibles pour référence ultérieure lors de l'interprétation des normes élaborées par elle.

244. La Commission a rappelé qu'il importait de conserver les travaux préparatoires intégraux et exacts de ses textes juridiques sous une forme et par des

---

102 A/HRC/17/31, annexe I.

103 *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 17* (A/66/17), par. 332 et 333.

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

moyens garantissant que le contenu des informations était conservé et que ces informations étaient disponibles, accessibles et utilisables ultérieurement. Elle a examiné les avantages et inconvénients de chaque moyen actuellement disponible pour conserver ses informations sur la base de ces critères.

245. Il a été noté en particulier que l'établissement de comptes rendus analytiques représentait un coût élevé pour l'Organisation alors que ces comptes rendus ne satisfaisaient pas toujours à l'objectif visé de préserver tous les éléments des délibérations, puisqu'ils étaient établis en anglais par des rédacteurs qui n'avaient pas toujours les connaissances juridiques nécessaires pour rendre compte de manière fiable des délibérations de la CNUDCI. D'autres problèmes pouvaient se poser lors de la traduction de ces comptes rendus dans les autres langues officielles de l'Organisation. Les retards importants de la parution des comptes rendus analytiques dans toutes les langues étaient un problème récurrent qui, comme la Commission en avait été informée à sa trente-septième session, en 2004[105], ne serait probablement pas résolu sous peu compte tenu des circonstances actuelles. Améliorer l'élaboration de comptes rendus analytiques de qualité tout en préservant leur exactitude et leur fiabilité supposait un travail et des ressources supplémentaires de la part du Secrétariat.

246. La Commission a réaffirmé la position qu'elle avait adoptée à sa trente-septième session, en 2004, en ce qui concerne les transcriptions non éditées des débats, et en particulier que celles-ci seraient peu utiles, étant donné qu'il n'y aurait pas de traduction dans les autres langues officielles[106]. Il a également été noté que leur utilisation avait posé problème dans le passé, en particulier en ce qui concerne l'exhaustivité du texte.

247. Pour ce qui est des enregistrements numériques, la Commission a noté qu'ils présenteraient de nombreux avantages (ils seraient rapidement disponibles et authentiques, permettraient de se passer de rédacteurs et de traducteurs et seraient donc peu coûteux) mais qu'ils seraient moins utiles que des comptes rendus analytiques de qualité, du fait de l'absence d'indexation appropriée, de sorte que toute opération de recherche prendrait beaucoup de temps. La nécessité de la conservation à long terme et de l'utilisabilité des informations sous forme numérique compte tenu de l'évolution des technologies a également été mentionnée.

248. Un appui a été exprimé en faveur d'enregistrements numériques fournissant un compte rendu intégral et authentique des débats, ce qu'aucun autre document ne pouvait offrir actuellement, pas même les rapports ni les comptes rendus analytiques. Il a été noté toutefois que pour que le système soit utile, le Secrétariat devrait mettre en place un mécanisme permettant d'archiver correctement les enregistrements numériques et d'y effectuer des recherches comme il se doit. Il a également été noté qu'un classement chronologique des enregistrements numériques ne suffirait pas puisque les informations les plus pertinentes ne seraient pas faciles à retrouver dans une série d'interventions pouvant être très longue.

249. À l'issue de la discussion, la Commission a confirmé que des comptes rendus analytiques de qualité restaient le meilleur moyen de conserver des travaux préparatoires exhaustifs et exacts sous la forme la plus conviviale et la plus fiable.

---

105 Ibid., par. 129.

106 Ibid., par. 130.

Dans le même temps, elle a noté qu'il convenait d'examiner des solutions modernes qui pourraient résoudre les problèmes actuels de la parution des comptes rendus analytiques et ajouter des fonctionnalités permettant de mieux tirer parti des informations de la CNUDCI. Elle a donc décidé de ne pas renoncer à son droit à l'établissement de comptes rendus analytiques prévu dans la résolution 49/221 de l'Assemblée générale, de demander que des enregistrements numériques continuent d'être réalisés à ses quarante-sixième et quarante-septième sessions, en 2013 et 2014, à titre d'essai, en sus des comptes rendus analytiques, comme pour la quarante-cinquième session. Elle est convenue qu'à sa quarante-septième session, en 2014, elle ferait le point sur l'utilisation des enregistrements numériques et, sur la base de cette évaluation, se prononcerait sur le remplacement des comptes rendus analytiques par des enregistrements numériques. Elle a prié le Secrétariat de lui rendre compte régulièrement des mesures prises dans le système des Nations Unies pour résoudre les problèmes d'utilisation des enregistrements numériques. Elle l'a également prié d'étudier la possibilité de réaliser des enregistrements numériques des sessions des groupes de travail de la CNUDCI qui en faisaient la demande et de lui communiquer ses conclusions à la quarante-septième session, en 2014.

## C. Cadre stratégique pour l'exercice biennal 2014-2015

250. La Commission était saisie du projet de cadre stratégique pour la période 2014-2015 (A/67/6 (Prog. 6)) et 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 cinquante-deuxième session, tenue du 4 au 29 juin 2012, et qu'il serait transmis à l'Assemblée générale à sa soixante-septième session.

251. 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 aux fins d'une assistance technique pour une réforme dans le domaine du droit commercial. La Commission a prié instamment le Secrétaire général de prendre des mesures afin que le montant relativement modique des ressources supplémentaires nécessaires pour satisfaire une demande aussi cruciale pour le développement soit rapidement dégagé.

252. Le Secrétariat a été encouragé à continuer d'étudier divers moyens de répondre au besoin croissant d'une interprétation uniforme des textes de la CNUDCI. Cette interprétation uniforme était jugée indispensable pour l'application effective de ces textes. Il a été noté que certains instruments issus 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 (voir plus haut, par. 220 b)). La poursuite des travaux du Secrétariat concernant le Recueil de jurisprudence, qui constituait un moyen de se conformer à cette exigence, a été jugée cruciale. Les préoccupations concernant l'insuffisance des ressources dont disposait le Secrétariat pour poursuivre et développer ces travaux ont été notées. Il a été dit que la création de partenariats avec des

institutions intéressées et la recherche de divers moyens autres que des ressources supplémentaires du budget ordinaire de l'Organisation pourraient être envisagées 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 chargé de promouvoir des moyens d'encourager l'interprétation uniforme de ses textes (voir aussi plus haut, par. 149 à 158).

## D. Programme de stages

253. La Commission a rappelé qu'elle avait débattu des considérations sur lesquelles le secrétariat se fondait pour sélectionner les stagiaires[107]. Elle a été informée que depuis le rapport oral que le secrétariat lui avait présenté à sa quarante-quatrième session, en juillet 2011, 11 nouveaux stagiaires avaient effectué un stage au Secrétariat. Elle a également été informée qu'au cours de la période considérée, le Secrétariat avait rencontré des problèmes du fait que des stagiaires de pays en développement avaient annulé leur stage à la dernière minute et qu'il avait été difficile de trouver dans le fichier des candidats qualifiés et répondant aux conditions requises d'États d'Afrique, d'Amérique latine et des Caraïbes, ainsi que des candidats ayant des connaissances en langue arabe.

## E. Évaluation du rôle du Secrétariat dans la facilitation des travaux de la Commission

254. La Commission a rappelé qu'à sa quarantième session[108], en 2007, elle avait pris connaissance du budget-programme pour l'exercice biennal 2008-2009, qui mentionnait parmi les réalisations escomptées du Secrétariat la "facilitation des travaux de la CNUDCI", dont l'indicateur de succès était le degré de satisfaction de la CNUDCI quant aux services fournis, mesuré sur une échelle de 1 à 5 (5 étant la meilleure note)[109]. La Commission était convenue de faire part de son appréciation au Secrétariat et, à la séance de clôture de la quarante-quatrième session, un questionnaire sur le degré de satisfaction quant aux services fournis par le Secrétariat avait été distribué[110]. Elle a été informée que six délégations avaient répondu au questionnaire, donnant une note moyenne de 4,83.

## F. Élection des États membres de la CNUDCI

255. La Commission a été informée que le mandat de 30 États membres de la Commission (voir plus haut, par. 4) expirait la veille de l'ouverture de sa quarante-sixième session, en 2013. Elle a noté que l'élection pour pourvoir les sièges vacants à la Commission devait avoir lieu durant la soixante-septième session

---

107 Ibid., *soixante-sixième session, Supplément n° 17* (A/66/17), par. 328 à 330.

108 Ibid., *soixante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/62/17), Part I, par. 243.

109 A/62/6 (Sect. 8) et Corr.1, tableau 8.19 d).

110 *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 17* (A/66/17), par. 331.

de l'Assemblée générale[111]. Il a été noté en outre que les États membres sortants étaient rééligibles et que les États membres étaient élus pour un mandat de six ans.

### G. Documents concernant les méthodes de travail de la CNUDCI

256. La Commission a été informée que, donnant suite à la demande qu'elle avait formulée à sa quarante-quatrième session, en 2011[112], le Secrétariat avait mis à jour le site Web de la CNUDCI de sorte qu'on pouvait y trouver tous les documents concernant les méthodes de travail de la CNUDCI, à la page "Méthodes de travail", dans la section "À propos de la CNUDCI".

## XXV. Date et lieu des réunions futures

257. La Commission a rappelé qu'à sa trente-sixième session, en 2003, elle était convenue que: a) les groupes de travail devraient normalement se réunir pour une session d'une semaine deux fois par an; b) du temps supplémentaire pourrait être accordé, si nécessaire, à l'un des groupes de travail si un autre n'utilisait pas entièrement le sien, à condition de ne pas dépasser le nombre total de 12 semaines par an de services de conférence allouées actuellement à l'ensemble des six groupes de travail de la Commission; et c) si une demande d'allongement du temps alloué présentée par un groupe de travail entraînait un tel dépassement, la Commission devrait l'examiner en priant ce groupe de travail de justifier la nécessité d'un tel changement[113].

258. La Commission a pris note du paragraphe 48 de la résolution 66/246 de l'Assemblée générale sur les questions relatives au projet de budget-programme pour l'exercice biennal 2012-2013, dans lequel l'Assemblée a décidé d'augmenter les ressources prévues pour les objets de dépense autres que les postes pour qu'il soit possible de financer les services à fournir à la Commission pendant 14 semaines de réunions, et de maintenir le dispositif d'alternance entre Vienne et New York. Compte tenu de cette décision, la Commission a noté qu'il resterait possible d'allouer au total 12 semaines par an de services de conférence à ses six groupes de travail à raison de deux sessions annuelles d'une semaine pour chaque groupe si les sessions annuelles de la Commission ne dépassaient pas deux semaines. Dans le cas contraire, des ajustements devraient être faits dans les limites des 14 semaines allouées à l'ensemble des sessions de la Commission et de ses groupes de travail.

### A. Quarante-sixième session de la Commission

259. Compte tenu des considérations qui précèdent, la Commission a approuvé la tenue de sa quarante-sixième session à Vienne, du 8 au 26 juillet 2013. Le Secrétariat a été prié d'envisager de réduire la durée de la session d'une semaine si la charge de travail prévue le justifiait.

---

111 Point 111 b) de l'ordre du jour provisoire de la soixante-septième session de l' Assemblée générale (A/67/150).

112 Ibid., par. 297.

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

## B. Sessions des groupes de travail

### Sessions des groupes de travail tenues entre la quarante-cinquième et la quarante-sixième session de la Commission

260. Compte tenu des considérations qui précèdent, la Commission a approuvé le calendrier ci-après pour les sessions de ses groupes de travail:

a) Le Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) tiendrait sa cinquante-septième session à Vienne du 1er au 5 octobre 2012 et sa cinquante-huitième session à New York du 4 au 8 février 2013;

b) Le Groupe de travail III (Règlement des litiges en ligne) tiendrait sa vingt-sixième session à Vienne du 5 au 9 novembre 2012 et sa vingt-septième session à New York du 20 au 24 mai 2013;

c) Le Groupe de travail IV (Commerce électronique) tiendrait sa quarante-sixième session à Vienne du 29 octobre au 2 novembre 2012 et sa quarante-septième session à New York du 13 au 17 mai 2013;

d) Le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) tiendrait sa quarante-deuxième session à Vienne du 26 au 30 novembre 2012 et sa quarante-troisième session à New York du 15 au 19 avril 2013;

e) Le Groupe de travail VI (Sûretés) tiendrait sa vingt-deuxième session à Vienne du 10 au 14 décembre 2012 et sa vingt-troisième session à New York du 8 au 12 avril 2013.

261. La Commission a autorisé le Secrétariat à modifier le calendrier des réunions des groupes de travail en fonction de leurs besoins. 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*

262. Il était prévu provisoirement d'organiser des sessions à Vienne du 3 au 7 décembre 2012 et à New York du 11 au 15 février 2013. Ce temps pourrait être utilisé en cas de besoin pour organiser un colloque, sous réserve de consultation avec les États.

### Sessions des groupes de travail en 2013 après la quarante-sixième session de la Commission

263. La Commission a noté qu'un calendrier provisoire avait été établi pour les sessions que ses groupes de travail tiendraient en 2013 après sa quarante-sixième session, sous réserve de son approbation à cette session:

a) Le Groupe de travail I (Passation de marchés) tiendrait sa vingt-deuxième session à Vienne du 23 au 27 septembre 2013;

b) Le Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) tiendrait sa cinquante-neuvième session à Vienne du 16 au 20 septembre 2013;

c) Le Groupe de travail III (Règlement des litiges en ligne) tiendrait sa vingt-huitième session à Vienne du 7 au 11 octobre 2013;

d) Le Groupe de travail IV (Commerce électronique) tiendrait sa quarante-huitième session à Vienne du 30 septembre au 4 octobre 2013;

e) Le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) tiendrait sa quarante-quatrième session à Vienne du 16 au 20 décembre 2013;

f) Le Groupe de travail VI (Sûretés) tiendrait sa vingt-quatrième session à Vienne du 25 au 29 novembre 2013.

# Annexe I

## 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, tel que révisé en 2010

## A. Introduction

### 1. Règlement d'arbitrage de la CNUDCI révisé en 2010

1. Le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, initialement adopté en 1976[1], a été utilisé pour résoudre un large éventail de litiges, notamment des litiges entre parties privées commerciales sans intervention d'une institution d'arbitrage, des litiges commerciaux soumis à des institutions d'arbitrage, des litiges entre investisseurs et États et des litiges entre États. Il est considéré comme l'un des instruments internationaux à caractère contractuel les plus réussis dans le domaine de l'arbitrage. En outre, il a fortement contribué à développer les activités de nombreuses institutions arbitrales dans toutes les régions du monde.

2. Le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976 a été révisé en 2010[2] pour mieux correspondre aux pratiques actuelles du droit commercial international et tenir compte des changements survenus au cours des 30 dernières années dans la pratique de l'arbitrage. La révision du Règlement visait à améliorer l'efficacité des arbitrages relevant du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976, elle n'a modifié ni la structure originale du texte, ni son esprit ni son style. Le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI révisé en 2010 est en vigueur depuis le 15 août 2010.

### 2. Résolution 65/22 de l'Assemblée générale

3. En 2010, l'Assemblée générale des Nations Unies, par sa résolution 65/22, a recommandé 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. Cette recommandation se fondait sur la conviction "qu'une révision du Règlement d'arbitrage qui soit acceptable pour des pays dotés de systèmes juridiques, sociaux et économiques différents [pouvait] contribuer de façon appréciable au développement de relations économiques internationales harmonieuses et au renforcement continu de l'état de droit".

4. Dans sa résolution, l'Assemblée a également noté qu'"on [pouvait] s'attendre à ce [que le texte révisé] 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".

---

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

[2] Ibid., *soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), par. 13 à 187 et annexe I.

### 3. Objet des recommandations

5. Les présentes recommandations sont formulées en vue de l'utilisation du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. (Pour les recommandations concernant l'utilisation du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976, voir 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"[3], adoptées à la quinzième session de la CNUDCI, en 1982.) Elles visent à informer et aider les institutions d'arbitrage et autres organismes intéressés qui envisagent d'utiliser le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI comme indiqué ci-dessous au paragraphe 6.

### 4. Divers usages des institutions d'arbitrage et autres organismes intéressés

6. Les institutions d'arbitrage et autres organismes intéressés, tels que les chambres de commerce et les associations professionnelles, utilisent le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de diverses manières:

a) Certaines l'ont pris comme modèle pour élaborer leur propre règlement, et ce à différents degrés, de l'utilisation comme source d'inspiration à l'adoption de l'ensemble des dispositions (voir ci-après, section B);

b) Certaines ont proposé de régler des litiges en vertu du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI ou de rendre des services administratifs dans le cadre d'arbitrages ad hoc régis par le Règlement (voir ci-après, section C);

c) Il peut être demandé à une institution (ou à une personne) d'agir en qualité d'autorité de nomination, comme le prévoit le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (voir ci-après, section D).

## B. Adoption du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI en tant que règlement institutionnel d'institutions d'arbitrage ou d'autres organismes intéressés

### 1. Recommandation de laisser le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI en l'état quant au fond

7. Les institutions élaborant ou révisant leurs règles institutionnelles voudront peut-être envisager de prendre le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI comme modèle[4]. Dans ce cas, elles devront tenir compte des attentes des parties, qui souhaiteront que ces règles institutionnelles suivent fidèlement le texte du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

8. Cette recommandation de suivre de près le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI quant au fond ne signifie pas qu'il faille pour autant négliger la structure et les besoins propres à telle ou telle institution. Les institutions qui adoptent le

---

[3] Ibid., *trente-septième session, Supplément n° 17* (A/37/17), annexe I.

[4] Voir, par exemple, le Règlement d'arbitrage du Centre régional du Caire pour l'arbitrage commercial international, en vigueur depuis le 1er mars 2011 (disponible à l'adresse www.crcica.org.eg) ou le Règlement d'arbitrage (révisé en 2010) du Centre régional d'arbitrage de Kuala Lumpur (disponible à l'adresse www.klrca.org.my).

Règlement d'arbitrage de la CNUDCI en tant que règlement institutionnel devront certainement y ajouter des dispositions concernant notamment les services administratifs ou les barèmes d'honoraires. En outre, elles devront tenir compte des modifications de forme touchant quelques rares dispositions du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, comme indiqué ci-dessous aux paragraphes 9 à 17.

### 2. Présentation des modifications

#### a) Une brève explication

9. Une institution prenant le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI comme modèle pour élaborer son propre règlement institutionnel jugera peut-être utile d'indiquer en quoi ce dernier diffère du Règlement. Une telle indication pourrait être d'un grand secours au lecteur et à l'utilisateur potentiel, qui devraient sinon se lancer dans une analyse comparative pour découvrir les différences.

10. L'institution voudra peut-être prévoir un texte, par exemple un avant-propos, indiquant les modifications précises apportées au règlement institutionnel par rapport au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI[5]. Les modifications peuvent également être indiquées à la fin du texte des règles institutionnelles[6]. En outre, il peut être utile d'adjoindre au règlement institutionnel une brève explication des motifs des modifications[7].

#### b) Date d'entrée en vigueur

11. Le paragraphe 2 de l'article premier du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI fixe la date d'entrée en vigueur du Règlement. Il va de soi que les règlements institutionnels qui s'en inspirent auront leur propre date d'entrée en vigueur. Par souci de sécurité juridique, il est recommandé de mentionner dans le règlement d'arbitrage sa date d'entrée en vigueur, afin que les parties sachent quelle est la version applicable.

---

[5] Par exemple, dans l'introduction du Règlement d'arbitrage du Centre régional du Caire pour l'arbitrage commercial international, en vigueur depuis le 1er mars 2011, il est précisé que ce règlement se fonde sur la version révisée en 2010 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, avec des modifications mineures découlant principalement du rôle du Centre en tant qu'institution d'arbitrage et autorité de nomination. Le Règlement d'arbitrage (révisé en 2010) du Centre régional d'arbitrage de Kuala Lumpur dispose que le règlement d'arbitrage de l'institution est le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, modifié conformément aux dispositions qui suivent.

[6] Voir, par exemple, le Règlement facultatif d'arbitrage entre les organisations internationales et les parties privées de la Cour permanente d'arbitrage, en vigueur depuis le 1er juillet 1996 (qui se fonde sur la version de 1976 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI), disponible à l'adresse www.pca-cpa.org/showfile.asp?fil_id=292.

[7] Par exemple, dans le texte du Règlement facultatif de la Cour permanente d'arbitrage pour l'arbitrage des différends entre deux parties dont l'une seulement est un État, en vigueur depuis le 6 juillet 1993 (disponible à l'adresse www.pca-cpa.org/showfile.asp?fil_id=289), la note suivante a été insérée: "Le présent Règlement se fonde sur le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI [de 1976] avec les modifications suivantes: ... Modifications visant à indiquer les fonctions que peuvent remplir le Secrétaire général et le Bureau international de la Cour permanente d'arbitrage: Article 1, paragraphe 4 (ajouté)…".

**c) Voie de communication**

12. En général, lorsqu'une institution traite une affaire, les parties communiquent par son intermédiaire jusqu'à ce que le tribunal arbitral soit constitué. Il est donc recommandé d'adapter les articles 3 et 4 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI concernant la communication avant la constitution du tribunal arbitral. Par exemple, s'agissant du paragraphe 1 de l'article 3:

a) Si les communications se font par l'intermédiaire de l'institution, le paragraphe 1 de l'article 3 pourrait être modifié comme suit:

> "1. La ou les parties prenant l'initiative de recourir à l'arbitrage (ci-après 'le demandeur') communiquent à [nom de l'institution] une notification d'arbitrage. [Nom de l'institution] communique [promptement] [immédiatement] la notification d'arbitrage à l'autre partie ou aux autres parties (ci-après 'le défendeur')."

Ou comme suit:

> "1. La ou les parties prenant l'initiative de recourir à l'arbitrage (ci-après 'le demandeur') déposent une notification d'arbitrage auprès de [nom de l'institution], qui la communique à l'autre partie ou aux autres parties (ci-après 'le défendeur')[8]."

b) Si l'institution reçoit copie des communications, le paragraphe 1 de l'article 3 restera inchangé, et la disposition suivante pourrait être ajoutée:

> "Tous les documents communiqués conformément aux dispositions des articles 3 et 4 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI sont adressés à [nom de l'institution] en même temps qu'à l'autre partie ou aux autres parties, ou immédiatement après[9]."

13. Pour ce qui est des communications après la constitution du tribunal arbitral, l'institution peut:

a) Modifier chacun des articles du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI concernant les communications, à savoir: article 5; article 11; article 13, paragraphe 2; article 17, paragraphe 4; article 20, paragraphe 1; article 21, paragraphe 1; article 29, paragraphes 1, 3 et 4; article 34, paragraphe 6; article 36, paragraphe 3; article 37, paragraphe 1; article 38, paragraphes 1 et 2; article 39, paragraphe 1; article 41, paragraphes 3 et 4; ou

b) Ajouter à l'article 17 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI une disposition qui se lirait à peu près comme suit:

> i) Si l'institution décide de recevoir toutes les communications aux fins de notification:
>
> "Sauf autorisation contraire du tribunal arbitral, toutes les communications adressées à celui-ci par une partie sont déposées auprès de [nom de l'institution] pour notification au tribunal arbitral et à l'autre partie ou aux

---

[8] Cette solution a notamment été adoptée dans le Règlement d'arbitrage du Centre régional du Caire pour l'arbitrage commercial international, en vigueur depuis le 1er mars 2011.

[9] Une solution analogue a été adoptée à l'article 2-1 du Règlement d'arbitrage (révisé en 2010) du Centre régional d'arbitrage de Kuala Lumpur.

autres parties. Toutes les communications adressées par le tribunal arbitral à une partie sont déposées auprès de [nom de l'institution] pour notification à l'autre partie ou aux autres parties"[10]; ou

ii) Si l'institution décide de recevoir copie de toutes les communications aux fins d'information:

"Sauf autorisation contraire du tribunal arbitral, toutes les communications entre celui-ci et toute partie sont également adressées à [nom de l'institution]."

14. Par souci d'efficacité de la procédure, l'institution jugera peut-être utile de déterminer si elle n'exige de recevoir copie des communications qu'après la constitution du tribunal arbitral. Si tel est le cas, il serait bon de désigner l'opération de réception des copies d'une manière technologiquement neutre, de manière à ne pas exclure des technologies nouvelles ou en cours d'évolution. L'utilisation de nouvelles technologies pour la réception de ces copies pourrait également se traduire par une économie bienvenue pour l'institution.

### d) Remplacement de l'expression "autorité de nomination" par le nom de l'institution

15. Lorsqu'une institution prend le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI comme modèle pour son règlement interne, elle exerce généralement les fonctions que celui-ci confère à l'autorité de nomination; elle devra alors en modifier les dispositions correspondantes comme suit:

a) L'article 3, paragraphe 4 a); l'article 4, paragraphe 2 b); l'article 6, paragraphes 1 à 4 devront être supprimés, de même que la mention de l'autorité de nomination au paragraphe 5 de l'article 6;

b) L'expression "autorité de nomination" pourra être remplacée par le nom de l'institution dans les dispositions suivantes: article 6, paragraphes 5 à 7; article 7, paragraphe 2; article 8, paragraphes 1 et 2; article 9, paragraphes 2 et 3; article 10, paragraphe 3; article 13, paragraphe 4; article 14, paragraphe 2; article 16; article 43, paragraphe 3; et, si l'institution arbitrale adopte le mécanisme d'examen dans la mesure compatible avec son propre règlement, à l'article 41, paragraphes 2 à 4. Une autre possibilité est d'ajouter une règle précisant que cette expression désigne l'institution, et qui pourrait être libellée à peu près comme suit: "Les fonctions de l'autorité de nomination en vertu du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI sont exercées par [nom de l'institution]."

16. Si les fonctions d'autorité de nomination sont exercées par un organe de l'institution, il est souhaitable de préciser, par exemple dans une annexe, la composition de cet organe et, le cas échéant, le processus de nomination de ses membres. Par souci de sécurité juridique, il peut être souhaitable de préciser également que la mention de l'organe vise à désigner la fonction et non la personne en tant que telle (si la personne n'est pas disponible, la fonction doit pouvoir être exercée par son adjoint ou son adjointe).

---

[10] Une disposition analogue figure notamment à l'article 17-5 du Règlement d'arbitrage du Centre régional du Caire pour l'arbitrage commercial international, en vigueur depuis le 1er mars 2011.

**e) Honoraires et barème des frais**

17. Lorsqu'une institution adopte le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI comme son propre règlement:

a) Les dispositions du paragraphe 2 f) de l'article 40 ne s'appliquent pas[11];

b) Elle peut inclure le mécanisme d'examen des honoraires visé à l'article 41 du Règlement (adapté en fonction des besoins de l'institution)[12].

## C. Institutions d'arbitrage et autres organismes intéressés administrant des arbitrages en vertu du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI ou fournissant certains services administratifs

18. Le succès du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, dont témoignent sa grande applicabilité et son aptitude à répondre aux besoins de parties de cultures juridiques très diverses dans des litiges de types très variés, se mesure au grand nombre d'institutions indépendantes qui se sont déclarées disposées à administrer (et administrent en fait) des arbitrages conformément au Règlement en plus des procédures qu'elles administrent en vertu de leurs propres règles. Certaines ont adopté des règles de procédure afin de pouvoir proposer un arbitrage en vertu du Règlement de la CNUDCI[13]. En outre, des parties s'adressent aussi à des

---

[11] Une institution arbitrale peut toutefois conserver l'article 40-2 f) si elle ne fait pas fonction d'autorité de nomination. Ainsi, l'article 43-2 h) du Règlement d'arbitrage du Centre international de conciliation et d'arbitrage du Qatar (en vigueur depuis le 1er mai 2012), fondé sur le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI révisé en 2010, prévoit ce qui suit: "Les honoraires et frais de l'autorité de nomination au cas où le Centre n'est pas désigné en tant qu'autorité de nomination."

[12] C'est cette solution qu'a retenue le Centre d'arbitrage et de médiation de Chypre, dont le règlement d'arbitrage s'inspire du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

[13] Par exemple, la Cour permanente d'arbitrage (CPA) de La Haye précise sur son site Web www.pca-cpa.org que "[o]utre sa fonction de désignation d'autorités de nomination, le Secrétaire Général de la CPA fera lui-même office d'autorité de nomination en vertu du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI si les parties en conviennent. En outre, la CPA fournit souvent un soutien administratif complet dans le cadre d'arbitrages régis par le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI." La Cour d'arbitrage international de Londres (LCIA) précise sur son site Web (www.lcia.org) qu'elle agit régulièrement en qualité d'autorité de nomination et d'administrateur dans des arbitrages menés conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI et que d'autres informations sur les clauses recommandées pour adoption par les parties à ces fins, la gamme des services administratifs proposés et les frais qu'elle demande pour ces services peuvent être obtenues sur demande auprès du Secrétariat. Voir aussi le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI administré par l'Institution allemande d'arbitrage (DIS) (disponible à l'adresse www.dis-arb.de); les règles administratives et de procédure pour l'arbitrage en vertu du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, de l'Association japonaise d'arbitrage commercial (JCAA), modifiées et en vigueur depuis le 1er juillet 2009 (disponibles à l'adresse www.jcaa.or.jp); et les Procédures du Centre d'arbitrage international de Hong Kong pour l'administration de l'arbitrage international (HKIAC), en vigueur depuis le 31 mai 2005 (disponibles à l'adresse www.hkiac.org). (À la date des présentes recommandations, ces deux derniers textes se fondent sur le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976.)

institutions pour certains services administratifs plutôt que de s'en remettre à l'institution d'arbitrage pour tous les aspects de la procédure arbitrale[14].

19. Les observations et suggestions qui suivent visent à aider les institutions intéressées à prendre les dispositions d'organisation nécessaires et à concevoir des procédures administratives appropriées, conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, lorsqu'elles administrent intégralement une affaire ou ne fournissent que certains services administratifs dans le cadre d'un arbitrage en vertu du Règlement. Il convient de noter que des institutions proposent des services en vertu du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI révisé en 2010 mais continuent d'en proposer aussi en vertu du Règlement de 1976[15].

### 1. Procédures administratives conformes au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI

20. En élaborant leurs procédures ou règles administratives, les institutions devraient tenir dûment compte de l'intérêt des parties. Lorsque les parties à un litige conviennent que l'arbitrage doit être régi par le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, leurs attentes ne doivent pas être contrariées par des règles administratives contraires à celui-ci. Les modifications à apporter au Règlement pour qu'il soit administré par une institution sont minimes et semblables à celles mentionnées ci-dessus aux paragraphes 9 à 17. Il est souhaitable que l'institution précise la nature des services administratifs qu'elle peut assurer:

a) En les énumérant; ou

b) En proposant aux parties une version du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI où apparaissent les modifications apportées aux seules fins de l'administration de la procédure arbitrale; il est alors recommandé de préciser qu'il s'agit du Règlement de la CNUDCI "tel qu'il est administré par [nom de l'institution]", de sorte que l'utilisateur sache qu'il diffère du Règlement original[16].

21. Il est recommandé en outre:

a) Que les procédures administratives de l'institution établissent une nette distinction entre les fonctions d'autorité de nomination envisagées par le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (voir ci-après, section D) et d'autres formes d'assistance

---

[14] Par exemple, dans l'introduction des Procédures pour l'administration de l'arbitrage international du Centre d'arbitrage international de Hong Kong (HKIAC), il est précisé qu'aucune disposition de ces procédures n'empêche les parties à un litige soumis au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de désigner le HKIAC comme autorité de nomination ni de demander certains services administratifs au HKIAC sans pour autant soumettre l'arbitrage aux dispositions des Procédures, que ni la désignation du HKIAC comme autorité de nomination en vertu du Règlement ni une demande des parties ou du tribunal aux fins d'une assistance administrative spécifique et individualisée de sa part ne doivent être interprétées comme le désignant en tant qu'administrateur de l'arbitrage visé dans ces procédures; et qu'à l'inverse, sauf indication contraire, une demande aux fins de l'administration par le HKIAC sera interprétée comme le désignant en tant qu'autorité de nomination et administrateur en application de ces procédures.

[15] À titre d'exemple, voir les services offerts en vertu des deux versions du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI par l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm (www.sccinsitute.com).

[16] Voir, à titre d'exemple de cette approche, le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI administré par l'Institut allemand d'arbitrage.

administrative intégrale ou partielle, et que l'institution précise si elle propose ces deux types de services ou un seul;

b) Qu'une institution disposée à administrer intégralement un litige en vertu du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI ou à fournir certains services administratifs d'ordre technique ou ayant trait au secrétariat décrive dans ses procédures administratives les services proposés, qui peuvent être rendus à la demande des parties ou du tribunal arbitral.

22. Dans la description des services administratifs, il est recommandé que l'institution précise:

a) Lesquels seront compris dans les honoraires administratifs généraux et lesquels ne le seront pas (et seront donc facturés séparément)[17];

b) Lesquels elle rend par ses propres moyens et lesquels services elle fait fournir par des tiers;

c) Que les parties peuvent également choisir de ne demander à l'institution qu'un ou plusieurs services particuliers sans qu'elle administre intégralement la procédure arbitrale (voir ci-dessus, par. 18, et ci-dessous, par. 23 à 25).

### 2. Offre de services administratifs

23. On trouvera ci-dessous une liste non exhaustive de services administratifs possibles, qui peut aider les institutions à préciser quels services elles proposent:

a) Tenir un dossier des communications écrites[18];

b) Faciliter la communication[19];

c) Prendre les dispositions pratiques nécessaires pour les réunions et les audiences, notamment:

i) Aider le tribunal arbitral à fixer la date, l'heure et le lieu des audiences;

ii) Prévoir des salles de réunion pour ses audiences ou ses délibérations;

iii) Prévoir des services de conférence téléphonique et vidéo;

iv) Établir des comptes rendus sténographiques des audiences;

v) Diffusion en direct des audiences;

vi) Fournir une aide pour les travaux d'appui ou de secrétariat;

---

[17] Par exemple, le Règlement d'arbitrage de la Chambre de règlement des différends du Bahreïn (BCDR) dispose que les honoraires ne couvrent pas le coût des salles d'audience, disponibles en location, et qu'il convient d'en vérifier auprès de la Chambre la disponibilité et les tarifs. Le Règlement d'arbitrage de la Chambre de règlement des différends, qui date de 2009, se fonde sur le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976.

[18] La tenue d'un dossier des communications écrites peut porter sur l'ensemble de la correspondance et des observations adressées par écrit, l'idée étant de faciliter d'éventuelles recherches et de préparer les copies que les parties ou le tribunal peuvent demander à tout moment de la procédure arbitrale. Elle peut aussi s'étendre à la transmission automatique ou sur demande des parties des communications écrites d'une partie ou des arbitres.

[19] Il peut notamment s'agir de veiller à ce que les communications entre les parties, les avocats et le tribunal restent ouvertes et à jour et aussi simplement de transmettre des communications écrites.

vii) Fournir ou organiser des services d'interprétation;

viii) Faciliter l'obtention de visas pour les personnes participant aux audiences, au besoin;

ix) Organiser l'hébergement des parties et des arbitres;

d) Assurer des services de dépôt de fonds[20];

e) Veiller à ce que les échéances importantes de la procédure soient respectées et informer le tribunal arbitral et les parties en cas de non-respect;

f) Donner des instructions concernant la procédure au nom du tribunal, si nécessaire[21];

g) Fournir une aide pour des travaux d'appui ou de secrétariat à d'autres égards[22];

h) Aider à obtenir des copies certifiées de sentences, authentifiées le cas échéant;

i) Fournir une aide pour la traduction des sentences arbitrales;

j) Fournir des services d'archivage des sentences arbitrales et des dossiers de la procédure arbitrale[23].

### 3. Barème des frais administratifs

24. Lorsqu'elle indique les honoraires qu'elle demande pour ses services, l'institution peut reproduire son barème des frais administratifs ou à défaut indiquer sur quelle base ces frais sont calculés[24].

25. Compte tenu des catégories de services que peut fournir l'institution – faire fonction d'autorité de nomination ou fournir des services administratifs (voir plus haut, par. 21), il est recommandé d'indiquer séparément les honoraires pour chaque

---

20 Les services de dépôt de fonds consistent habituellement à recevoir et à décaisser les fonds versés par les parties. Il s'agit notamment d'ouvrir un compte bancaire spécial sur lequel les parties versent un montant précisé par le tribunal. En général, l'institution prélève des fonds sur ce compte pour régler les frais encourus et rend compte régulièrement aux parties et au tribunal des fonds déposés et décaissés. Elle crédite habituellement les intérêts produits par les fonds à la partie qui les a déposés, au taux pratiqué par la banque où le compte a été ouvert. Les services de dépôts de fonds pourraient aussi, de manière plus générale, servir à calculer et percevoir une garantie correspondant au coût estimatif de l'arbitrage. Si l'institution administre intégralement la procédure d'arbitrage, les services de dépôts de fonds peuvent être étendus de manière à contrôler de plus près le coût de l'arbitrage et en particulier à faire en sorte que les notes d'honoraires et de frais soient présentées régulièrement et que le niveau des avances soit calculé en consultation avec le tribunal et en fonction du calendrier de la procédure.

21 Il s'agit généralement d'instructions concernant les provisions pour frais de l'arbitrage.

22 L'aide pour les travaux d'appui ou de secrétariat peut notamment consister à relire les projets de sentence afin d'y corriger les erreurs typographiques et matérielles.

23 L'archivage des documents relatifs à la procédure arbitrale peut être une obligation en vertu du droit applicable.

24 Voir par exemple le paragraphe 4 de l'article 42, sur la détermination des frais, du Règlement d'arbitrage du Centre régional du Caire pour l'arbitrage commercial international, en vigueur depuis le 1er mars 2011, selon lequel les dispositions de la section sur les frais de l'arbitrage s'appliquent par défaut lorsque les parties à un arbitrage ad hoc sont convenues que le Centre fournit ses services administratifs dans le cadre de cet arbitrage.

catégorie (voir plus haut, par. 22). Une institution peut donc indiquer les honoraires qu'elle demande si elle:

a) Agit uniquement en tant qu'autorité de nomination;

b) Fournit des services administratifs sans faire fonction d'autorité de nomination;

c) Fait fonction d'autorité de nomination et fournit des services administratifs.

### 4. Projet de clauses types

26. Par souci d'efficacité de la procédure, les institutions voudront peut-être inclure dans leurs procédures administratives des clauses d'arbitrage types concernant les services susmentionnés. Il est recommandé que:

a) Si l'institution administre intégralement l'arbitrage en vertu du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, la clause type soit libellée comme suit:

> "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 administré par [nom de l'institution]. [Nom de l'institution] fera fonction d'autorité de nomination."

b) Si l'institution ne fournit que certains services, l'accord sur les services demandés soit libellé comme suit:

> "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. [Nom de l'institution] fera office d'autorité de nomination et fournira des services administratifs conformément à ses procédures administratives en cas de litige soumis au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI."

c) Dans les deux cas, comme suggéré dans la clause d'arbitrage type figurant en annexe du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, les parties devraient envisager d'ajouter la note suivante:

> "a) Le nombre d'arbitres sera de [un ou trois];
>
> b) Le lieu de l'arbitrage sera [ville et pays];
>
> c) La langue utilisée lors de la procédure arbitrale sera [langue]."

## D. Institution d'arbitrage faisant fonction d'autorité de nomination

27. Une institution (ou une personne) peut faire fonction d'autorité de nomination en vertu du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Il est à noter que l'article 6 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI souligne l'importance du rôle de l'autorité de nomination. Les parties sont invitées à choisir une autorité de nomination d'un commun accord, si possible au moment où elles concluent la convention d'arbitrage ou, à défaut, à tout moment de la procédure d'arbitrage.

28. Les institutions d'arbitrage ont généralement l'expérience de fonctions similaires à celles que doit exercer une autorité de nomination en vertu du Règlement. S'il s'agit d'une personne assumant cette responsabilité pour la première fois, il est important de noter qu'une fois désignée autorité de nomination, elle doit être et rester indépendante et prête à agir promptement à toutes les fins prévues par le Règlement.

29. Toute institution disposée à faire fonction d'autorité de nomination en vertu du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI peut indiquer dans ses procédures administratives les diverses fonctions d'une autorité de nomination envisagées par celui-ci. Elle peut également décrire comment elle entend exercer ces fonctions.

30. Le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI prévoit six fonctions essentielles de l'autorité de nomination: a) nomination des arbitres; b) décisions portant sur la récusation d'arbitres; c) remplacement des arbitres; d) assistance pour fixer les honoraires des arbitres; e) participation au mécanisme de révision des honoraires et des frais; et f) observations concernant le montant des consignations. Les paragraphes qui suivent visent à fournir des orientations sur le rôle de l'autorité de nomination en vertu du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, sur la base des travaux préparatoires.

### 1. Autorités de désignation et de nomination (art. 6)

31. L'article 6 a été ajouté au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI révisé en 2010 pour préciser aux utilisateurs du Règlement l'importance du rôle de l'autorité de nomination, en particulier dans le contexte d'arbitrages ad hoc[25].

#### a) Procédure pour le choix ou la désignation d'une autorité de nomination (art. 6, par. 1 à 3)

32. Les paragraphes 1 à 3 de l'article 6 énoncent la procédure que les parties doivent suivre pour choisir une autorité de nomination ou la faire désigner en cas de désaccord entre elles. Le paragraphe 1 pose comme principe que l'autorité de nomination peut être nommée par les parties à tout moment de la procédure d'arbitrage, et pas seulement dans certaines circonstances limitées[26].

#### b) Inaction – désignation d'une autre autorité de nomination (art. 6, par. 4)

33. Le paragraphe 4 de l'article 6 traite la situation dans laquelle une autorité de nomination refuse d'agir ou n'agit pas dans les délais prévus par le Règlement, 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. Toute partie peut alors demander au Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage de désigner une autre autorité de nomination. L'inaction de l'autorité de nomination dans le contexte du mécanisme de révision des honoraires visé au paragraphe 4 de l'article 41 du Règlement, qui ne relève pas du paragraphe 4 de l'article 6 ("sous réserve de

---

[25] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), par. 42, et A/CN.9/619, par. 69.

[26] A/CN.9/619, par. 69.

l'article 41, paragraphe 4"), est traitée directement au paragraphe 4 de l'article 41 (voir ci-après, par. 58)[27].

### c) Discrétion dans l'exercice de ses fonctions (art. 6, par. 5)

34. Le paragraphe 5 de l'article 6 dispose que lorsque l'autorité de nomination exerce ses fonctions en vertu du Règlement, elle peut demander à toute partie et aux arbitres les renseignements qu'elle juge nécessaires. Cette disposition a été ajoutée au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI pour conférer expressément à l'autorité de nomination le pouvoir de demander des informations non seulement aux parties mais également aux arbitres. Les arbitres y sont mentionnés expressément car dans certains cas, tels qu'une procédure de récusation, l'autorité de nomination peut être amenée dans l'exercice de ses fonctions à leur demander des informations[28].

35. Le paragraphe 5 de l'article 6 dispose en outre que l'autorité de nomination doit donner aux parties et, le cas échéant, aux arbitres la possibilité d'exposer leurs vues de la manière qu'elle juge appropriée. Lors des délibérations sur les modifications à apporter au Règlement, il a été convenu d'inclure le principe général que les parties devraient avoir la possibilité d'être entendues par l'autorité de nomination[29]. Cette possibilité devrait être donnée "de la manière" que l'autorité de nomination "juge appropriée", afin de mieux rendre compte du pouvoir d'appréciation de l'autorité de nomination pour ce qui est d'obtenir les vues des parties[30].

36. Le paragraphe 5 de l'article 6 dispose que toutes les communications à cette fin adressées ou reçues par l'autorité de nomination doivent également être adressées par l'expéditeur à toutes les autres parties. Cette disposition concorde avec le paragraphe 4 de l'article 17 du Règlement.

### d) Nomination des arbitres (art. 6, par. 6 et 7)

37. Le paragraphe 6 de l'article 6 dispose que lorsqu'une partie demande à l'autorité de nomination de nommer un arbitre en application des articles 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.

38. Le paragraphe 7 de l'article 6 dispose que l'autorité de nomination tient compte des considérations propres à garantir la nomination d'un arbitre indépendant et impartial. À cette fin, il précise que l'autorité de nomination doit tenir compte du fait qu'il peut être souhaitable de nommer un arbitre d'une nationalité différente de celle des parties (voir également ci-après, par. 44).

## 2. Nomination des arbitres

### a) Nomination d'un arbitre unique (art. 7, par. 2, et art. 8)

39. Le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI envisage diverses possibilités pour la nomination d'un arbitre par l'autorité de nomination. Aux termes du paragraphe 1

---

[27] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), par. 49.

[28] A/CN.9/WG.II/WP.157, par. 22.

[29] A/CN.9/619, par. 76.

[30] A/CN.9/665, par. 54.

de l'article 8, l'autorité de nomination peut être priée de nommer un arbitre unique, conformément aux procédures et critères énoncés au paragraphe 2 du même article. Elle nomme l'arbitre unique aussi rapidement que possible, et n'intervient qu'à la demande d'une partie. Elle peut utiliser le système des listes défini au paragraphe 2 de l'article 8. Il convient de noter que cette disposition lui donne le pouvoir de décider que le système des listes ne convient pas en l'espèce.

40. L'article 7, qui porte sur le nombre d'arbitres, prévoit comme règle par défaut que si les parties ne s'entendent pas sur le nombre d'arbitres, il en sera nommé trois. Cependant, le paragraphe 2 de l'article 7 prévoit un mécanisme de correction, de sorte que si aucune autre partie n'a répondu à la proposition d'une partie de nommer un arbitre unique et si aucune n'a nommé de deuxième arbitre, l'autorité de nomination peut, à la demande d'une partie, nommer un arbitre unique si elle juge que c'est plus approprié compte tenu des circonstances de l'espèce. Cette disposition a été ajoutée au Règlement pour éviter les situations où, le demandeur ayant proposé dans sa notification d'arbitrage de nommer un arbitre unique, un tribunal arbitral de trois membres doit cependant être formé parce que le défendeur n'a pas réagi à cette proposition. Elle fournit un mécanisme de correction utile dans le cas où le défendeur ne participe pas au processus et où l'arbitrage ne justifie pas de former un tribunal arbitral de trois membres. Ce mécanisme n'est pas censé provoquer de retards, puisque l'autorité de nomination devra de toute manière intervenir dans le processus de nomination. Elle devra disposer de tous les renseignements pertinents, ou les demander conformément au paragraphe 5 de l'article 6, pour se prononcer sur le nombre d'arbitres[31]. Conformément au paragraphe 6 de l'article 6, ces renseignements incluraient des copies de la notification d'arbitrage et de toute réponse à cette notification.

41. Lorsqu'il est demandé à une autorité de nomination, en vertu du paragraphe 2 de l'article 7, de déterminer si un arbitre unique convient mieux à l'espèce, elle tiendra compte, entre autres circonstances, du montant en litige et de la complexité de l'affaire (notamment du nombre de parties en cause)[32], ainsi que de la nature de l'opération et du litige.

42. Dans certains cas, le défendeur peut ne pas prendre part à la constitution du tribunal arbitral et l'autorité de nomination ne dispose que des renseignements reçus du demandeur. Elle peut alors procéder à son évaluation en se fondant sur ces seuls renseignements, sachant qu'ils peuvent ne pas refléter l'ensemble des aspects de la procédure à venir.

### b) Nomination d'un tribunal arbitral de trois membres (art. 9)

43. Le paragraphe 2 de l'article 9 dispose qu'une partie peut demander à l'autorité de nomination de nommer le deuxième des trois arbitres si un tribunal arbitral de trois membres doit être nommé. Si les deux arbitres ne peuvent s'entendre sur le choix du troisième (l'arbitre-président), l'autorité de nomination peut être appelée à nommer ce troisième arbitre en vertu du paragraphe 3 de l'article 9. Cette nomination se ferait de la même manière que celle d'un arbitre unique en vertu de

---

31 Ibid., par. 62 et 63.

32 Par exemple, au cas où l'une des parties est un État, s'il y a (ou s'il pourrait y avoir) des demandes reconventionnelles ou des demandes en compensation.

l'article 8. Conformément au paragraphe 1 de cet article, l'autorité de nomination ne devrait agir qu'à la demande d'une partie[33].

44. Lorsqu'il est demandé à une autorité de nomination de désigner l'arbitre-président conformément au paragraphe 3 de l'article 9, il peut être tenu compte, entre autres facteurs, de l'expérience de l'arbitre et du fait qu'il peut être souhaitable de nommer un arbitre d'une nationalité différente de celle des parties (voir, plus haut, par. 38 concernant le paragraphe 7 de l'article 6).

**c) Pluralité de demandeurs ou de défendeurs (art. 10)**

45. Le paragraphe 1 de l'article 10 dispose que lorsqu'il y a plusieurs demandeurs ou défendeurs, à moins que les parties n'en décident autrement, les demandeurs nomment conjointement un arbitre et les défendeurs l'autre. Faute d'une telle nomination conjointe, si toutes les parties ne peuvent s'entendre sur une méthode pour former le tribunal arbitral, l'autorité de nomination, à la demande de toute partie, conformément au paragraphe 3 de l'article 10, constitue le tribunal arbitral et nomme un des arbitres président[34]. Les parties de l'un ou l'autre côté pourraient être dans l'impossibilité de procéder à une telle nomination par exemple lorsque les demandeurs ou défendeurs sont très nombreux ou ne constituent pas un groupe unique ayant des obligations et des droits communs (comme dans les affaires touchant un grand nombre d'actionnaires)[35].

46. Le pouvoir de l'autorité de nomination de constituer le tribunal arbitral est énoncé en termes généraux au paragraphe 3 de l'article 10 afin d'englober tous les cas possibles où le tribunal arbitral ne peut être formé en vertu du Règlement et pas seulement ceux concernant plusieurs parties. Il convient également de noter que l'autorité de nomination a le pouvoir d'annuler les nominations déjà faites et de nommer ou renommer chacun des arbitres[36]. Le principe énoncé au paragraphe 3 selon lequel l'autorité de nomination devrait nommer l'ensemble du tribunal arbitral lorsque les parties d'un même camp dans un arbitrage à plusieurs parties ne peuvent s'entendre sur un arbitre a été inclus dans le Règlement en raison de son importance, en particulier dans des situations telles que celle à l'origine de l'affaire *BKMI et Siemens* c. *Dutco*[37]. Dans cette affaire, la décision se fondait sur l'exigence d'un traitement égal des parties, à laquelle le paragraphe 3 satisfait en conférant le pouvoir de nomination à l'autorité de nomination[38]. Les travaux préparatoires du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI montrent qu'on s'est employé à conserver une approche souple et à conférer des pouvoirs discrétionnaires à l'autorité de nomination au paragraphe 3 de l'article 10, pour tenir compte de la diversité des situations pouvant survenir dans la pratique[39].

---

33 *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), par. 59.

34 A/CN.9/614, par. 62 et 63, et A/CN.9/619, par. 86.

35 A/CN.9/614, par. 63.

36 A/CN.9/619, par. 88 et 90.

37 *BKMI et Siemens* c. *Dutco*, Cour de cassation française, 7 janvier 1992 (voir *Revue de l'Arbitrage*, n° 3 (1992), p. 470 à 472).

38 *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), par. 60.

39 A/CN.9/619, par. 90.

**d) Récusation d'un arbitre et autres motifs de remplacement (art. 12 et 13)**

47. Il peut être demandé à l'autorité de nomination de désigner un arbitre remplaçant en vertu du paragraphe 3 de l'article 12, de l'article 13 ou de l'article 14 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (carence ou incapacité d'un arbitre, récusation effective et autres raisons de remplacement, voir ci-dessous par. 49 à 54).

**e) Note à l'intention des institutions faisant fonction d'autorité de nomination**

48. Dans chacun des cas où une institution peut être appelée à nommer un arbitre conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, elle peut préciser comment elle choisira cet arbitre. En particulier, elle peut indiquer si elle tient une liste d'arbitres parmi lesquels elle choisira les candidats appropriés, et donner des renseignements sur la composition de cette liste. Elle peut également indiquer quelle personne ou quel organe de l'institution procédera à la nomination (par exemple le président, un conseil d'administration, le secrétaire général ou un comité) et, s'il s'agit d'un conseil ou d'un comité, la composition de cet organe ou les modalités d'élection de ses membres.

**3. Décision de récusation d'un arbitre**

**a) Articles 12 et 13**

49. Aux termes de l'article 12 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, un arbitre peut être récusé s'il existe des circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou son indépendance. Si cette récusation est contestée (c'est-à-dire si l'autre partie ne l'accepte pas ou si l'arbitre récusé ne se déporte pas dans les 15 jours à compter de la notification de la récusation), la partie récusante peut demander que l'autorité de nomination se prononce sur la récusation en application du paragraphe 4 de l'article 13. Si l'autorité de nomination admet la récusation, elle peut également être appelée à nommer l'arbitre remplaçant.

**b) Note à l'intention des institutions faisant fonction d'autorité de nomination**

50. L'institution peut préciser comment elle rendra sa décision de récusation conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. À cet égard, elle voudra peut-être mentionner aussi tout code interne de déontologie ou tous autres principes écrits qu'elle appliquerait pour s'assurer de l'indépendance et de l'impartialité des arbitres.

**4. Remplacement d'un arbitre (art. 14)**

51. Le paragraphe 1 de l'article 14 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI dispose qu'au cas où un arbitre doit être remplacé pendant la procédure arbitrale, un remplaçant doit normalement être nommé ou choisi selon la procédure prévue aux articles 8 à 11 du Règlement qui était applicable à la nomination ou au choix de l'arbitre à remplacer. Cette procédure s'applique même si, lors du processus de nomination de ce dernier, une partie n'avait pas exercé son droit de le nommer ou de participer à sa nomination.

52. Cette procédure admet une exception visée au paragraphe 2 de l'article 14 du Règlement, qui dispose que l'autorité de nomination a le pouvoir de décider à la demande d'une partie s'il serait justifié de priver une partie de son droit de nommer

un arbitre remplaçant. Si elle en décide ainsi, elle peut, après avoir donné aux parties et aux arbitres restants la possibilité d'exprimer leurs vues: a) nommer l'arbitre remplaçant; ou b) après la clôture des débats, autoriser les autres arbitres à poursuivre l'arbitrage et à rendre toute décision ou sentence.

53. Il convient de noter que l'autorité de nomination ne devrait priver une partie du droit de nommer un arbitre remplaçant que dans des circonstances exceptionnelles. À cette fin, l'expression "circonstances exceptionnelles de l'espèce", au paragraphe 2 de l'article 14, a été choisie pour permettre à l'autorité de nomination de tenir compte de toutes les circonstances ou de tous les incidents pouvant être survenus pendant la procédure. Il ressort des travaux préparatoires du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI que priver une partie de son droit de nommer un arbitre est une décision grave qui doit se fonder sur une faute d'une partie à l'arbitrage et sur une enquête factuelle, et ne saurait être soumise à des critères définis. L'autorité de nomination devrait plutôt déterminer à sa discrétion si la partie a le droit de désigner un autre arbitre[40].

54. Pour décider s'il convient d'autoriser un tribunal arbitral incomplet à poursuivre l'arbitrage en vertu de l'alinéa b) du paragraphe 2 de l'article 14, l'autorité de nomination doit tenir compte du stade de la procédure. Étant entendu que les audiences sont déjà closes, il pourrait être plus indiqué, par souci d'efficacité, de permettre à un tribunal incomplet de rendre toute décision ou la sentence définitive que de procéder à la nomination d'un remplaçant. D'autres facteurs qui pourraient être pris en considération, dans la mesure du possible, pour décider s'il convient d'autoriser un tribunal incomplet à poursuivre l'arbitrage, sont les lois applicables (permettraient-elles ou limiteraient-elles une telle procédure?) et la jurisprudence relative aux tribunaux incomplets.

### 5. Assistance dans la fixation des honoraires des arbitres

#### a) Articles 40 et 41

55. Conformément aux paragraphes 1 et 2 de l'article 40 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, le tribunal arbitral fixe les frais d'arbitrage. Conformément au paragraphe 1 de l'article 41, le montant des honoraires et 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. Dans cette tâche, le tribunal arbitral peut être aidé par une autorité de nomination: si l'autorité de nomination applique ou a déclaré qu'elle appliquerait un barème ou une méthode particulière pour fixer les honoraires des arbitres nommés dans les 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 (art. 41, par. 2).

#### b) Note à l'intention des institutions faisant fonction d'autorité de nomination

56. Une institution disposée à faire office d'autorité de nomination peut indiquer dans ses procédures administratives tous détails pertinents concernant l'assistance pour la fixation des honoraires. Elle peut notamment indiquer si elle a publié un barème ou une méthode particulière pour fixer les honoraires des arbitres nommés

---

40 A/CN.9/688, par. 78 et A/CN.9/614, par. 71.

dans des litiges internationaux, comme il est envisagé au paragraphe 2 de l'article 41 (voir, plus haut, par. 17).

### 6. Mécanisme d'examen (art. 41)

57. L'article 41 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, sur les honoraires et dépenses des arbitres, prévoit un mécanisme d'examen des honoraires par un organisme neutre, l'autorité de nomination. Bien qu'une institution puisse avoir ses propres règles en matière d'honoraires, il est recommandé que l'institution faisant fonction d'autorité de nomination suive les règles énoncées à l'article 41.

58. Le mécanisme d'examen comporte deux étapes. S'agissant de la première étape, le paragraphe 3 de l'article 41 dispose que rapidement après sa constitution, le tribunal arbitral doit informer les parties de la façon dont il propose de déterminer ses honoraires et ses dépenses. Toute partie dispose alors de 15 jours pour demander à l'autorité de nomination d'examiner cette proposition. Si l'autorité de nomination estime que la proposition du tribunal arbitral ne présente pas le caractère raisonnable visé au paragraphe 1 de l'article 41, elle y apporte dans les 45 jours les modifications nécessaires, qui s'imposent au tribunal. S'agissant de la seconde étape, le paragraphe 4 de l'article 41 dispose qu'après avoir reçu la note d'honoraires et de dépenses des arbitres, 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 Règlement, le Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage procède à cet examen. Dans les 45 jours qui suivent la réception de la demande d'examen, l'autorité qui procède à l'examen apporte à la décision du tribunal arbitral les modifications nécessaires pour qu'elle satisfasse aux critères du paragraphe 1 de l'article 41, si elle est non conforme à la proposition du tribunal arbitral (compte tenu de toute modification) visée au paragraphe 3 ou est de toute autre manière manifestement excessive.

59. Il ressort des travaux préparatoires du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI que les modalités de fixation des honoraires des arbitres étaient jugées cruciales pour la légitimité et l'intégrité du processus arbitral lui-même[41].

60. Les critères et le mécanisme visés aux paragraphes 1 à 4 de l'article 41 avaient été choisis pour fournir des orientations suffisantes aux autorités de nomination et éviter un examen long et approfondi de la fixation des honoraires[42]. L'alinéa c) du paragraphe 4 de l'article 41, par sa référence au paragraphe 1 de cet article, renvoie à la notion de caractère raisonnable du montant des honoraires des arbitres, élément dont l'autorité de nomination devra tenir compte s'il convient d'ajuster les honoraires et dépenses. Pour préciser que le processus d'examen ne doit pas aller trop loin, l'expression "ne sont manifestement pas conformes à la proposition" a été incluse dans l'alinéa c) du paragraphe 4 de l'article 41[43].

---

41 A/CN.9/646, par. 20.

42 A/CN.9/688, par. 23.

43 *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), par. 172.

### 7. Observations concernant le montant des consignations

61. Le paragraphe 3 de l'article 43 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI dispose que le tribunal arbitral ne fixe le montant des sommes initiales ou 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, si une partie en fait la demande et si l'autorité de nomination accepte cette mission. L'institution voudra peut-être indiquer dans ses procédures administratives si elle est disposée à s'acquitter de cette fonction. Des sommes supplémentaires peuvent devoir être consignées si au cours de la procédure il apparaît que les coûts seront plus élevés que prévus, par exemple si le tribunal arbitral décide en application du Règlement d'arbitrage de nommer un expert. Bien que cela ne soit pas mentionné expressément dans le Règlement, les autorités de nomination fournissent également dans la pratique des observations et des avis sur les paiements intermédiaires.

62. Il convient de noter qu'en vertu du Règlement, ce type d'avis est la seule tâche ayant trait aux consignations que l'autorité de nomination peut être amenée à accomplir. Ainsi, si une institution propose de s'acquitter de toute autre fonction (par exemple d'accepter les consignations en dépôt ou d'en tenir la comptabilité), il convient de préciser qu'il s'agirait de services administratifs supplémentaires ne faisant pas partie des fonctions d'une autorité de nomination (voir, plus haut, par. 30).

*Note*: Outre les renseignements et suggestions figurant dans le présent document, une assistance peut être obtenue auprès du secrétariat de la CNUDCI:

Division du droit commercial international
Bureau des affaires juridiques
Organisation des Nations Unies
Centre international de Vienne
B.P. 500
1400 Vienne
Autriche
Courrier électronique: uncitral@uncitral.org.

Le secrétariat pourrait par exemple, sur demande, aider à rédiger des règles institutionnelles ou des dispositions administratives, ou formuler des suggestions à cet égard.

# Annexe II

## Liste des documents dont la Commission était saisie à sa quarante-cinquième session

| *Cote* | *Titre ou description* |
|---|---|
| A/CN.9/735 et Add.1 | Ordre du jour provisoire annoté et calendrier des séances de la quarante-cinquième session |
| A/CN.9/736 | Rapport du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) sur les travaux de sa cinquante-cinquième session (Vienne, 3-7 octobre 2011) |
| A/CN.9/737 | Rapport du Groupe de travail IV (Commerce électronique) sur les travaux de sa quarante-cinquième session (Vienne, 10-14 octobre 2011) |
| A/CN.9/738 | Rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de sa quarantième session (Vienne, 31 octobre-4 novembre 2011) |
| A/CN.9/739 | Rapport du Groupe de travail III (Règlement des litiges en ligne) sur les travaux de sa vingt-quatrième session (Vienne, 14-18 novembre 2011) |
| A/CN.9/740 | Rapport du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de sa vingtième session (Vienne, 12-16 décembre 2011) |
| A/CN.9/741 | Rapport du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) sur les travaux de sa cinquante-sixième session (New York, 6-10 février 2012) |
| A/CN.9/742 | Rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de sa quarante et unième session (New York, 30 avril-4 mai 2012) |
| A/CN.9/743 | Rapport du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de sa vingt et unième session (New York, 14-18 mai 2012) |
| A/CN.9/744 | Rapport du Groupe de travail III (Règlement des litiges en ligne) sur les travaux de sa vingt-cinquième session (New York, 21-25 mai 2012) |
| A/CN.9/745 | Rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa vingt et unième session (New York, 16-20 avril 2012) |
| A/CN.9/746 et Add.1 | Note du Secrétariat concernant le règlement des litiges commerciaux: 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 révisé en 2010 |
| A/CN.9/747 et Add.1 | Note du Secrétariat concernant le règlement des litiges commerciaux: 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 révisé en 2010; compilation des commentaires reçus des gouvernements |
| A/CN.9/748 | 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.9/749 | Note du Secrétariat sur les activités de coordination |
| A/CN.9/750 | Note du Secrétariat sur la bibliographie des écrits récents ayant trait aux travaux de la CNUDCI |

| *Cote* | *Titre ou description* |
|---|---|
| A/CN.9/751 | Note du Secrétariat sur l'état des conventions et des lois types |
| A/CN.9/752 et Add.1 | Note du Secrétariat sur une orientation stratégique pour la CNUDCI |
| A/CN.9/753 | Note du secrétariat sur la coopération et l'assistance techniques |
| A/CN.9/754 et Add.1 à 3 | Note du Secrétariat sur le Guide révisé pour l'incorporation qui accompagnera la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics |
| A/CN.9/755 | Note du Secrétariat sur la passation de marchés et le développement des infrastructures: travaux futurs possibles |
| A/CN.9/756 | Note du Secrétariat sur certaines questions juridiques ayant une incidence dans le domaine de la microfinance |
| A/CN.9/757 | Note du Secrétariat sur certaines questions juridiques ayant une incidence dans le domaine de la microfinance: observations formulées par la Section internationale de l'Association of the Bar of the State of New York |
| A/CN.9/758 | Note du Secrétariat sur les travaux futurs envisageables dans le domaine du droit international des contrats: proposition de la Suisse sur les travaux futurs envisageables de la CNUDCI dans le domaine du droit international des contrats |

# 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-neuvième session

## (TD/B/59/7)

### Développement progressif du droit commercial international: quarante-cinquième rapport annuel de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

À sa 1088e séance plénière, le Conseil a pris note du quarante-cinquième rapport annuel de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (A/67/17; New York, 25 juin-6 juillet 2012).

## 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-cinquième session (A/67/465)

**[Original: anglais]**

*Rapporteur*: M. **Pham** Quang Hieu (Viet Nam)

# I. Introduction

1. À sa 2e séance plénière, le 21 septembre 2012, l'Assemblée générale a décidé, sur la recommandation du Bureau, d'inscrire à l'ordre du jour de sa soixante-septième session la question intitulée "Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa quarante-cinquième session" et de la renvoyer à la Sixième Commission.

2. La Sixième Commission a examiné la question à ses 9e, 23e et 24e séances, le 15 octobre et les 6 et 9 novembre 2012. Les vues des représentants qui ont pris part aux débats sont consignées dans les comptes rendus analytiques correspondants (A/C.6/67/SR.9, 23 et 24).

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-cinquième session (A/67/17).

4. À la 9e séance, le 15 octobre, le Président de la quarante-cinquième 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.6/67/L.8

5. À la 23e séance, le 6 novembre, 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-cinquième session" (A/C.6/67/L.8) au nom des pays suivants: Albanie, Allemagne, Argentine, Arménie, Australie, Autriche, Bélarus, Bulgarie, Canada, Chili, Chine, Chypre, Colombie, Croatie, Danemark, El Salvador, Espagne, Estonie, États-Unis d'Amérique, ex-République yougoslave de Macédoine, Fédération de Russie, Finlande, France, Gabon, Grèce, Guatemala, Hongrie, Inde, Irlande, Israël, Italie, Jamaïque, Japon, Kenya, Lettonie, Liechtenstein, Lituanie, Luxembourg, Mexique, Monténégro, Nigéria, Nouvelle-Zélande, Ouganda, Panama, Pays-Bas, Philippines, Pologne, Portugal, République de Corée, République de Moldova, République tchèque, Roumanie, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Serbie, Singapour, Slovaquie, Slovénie, Suède, Suisse, Thaïlande, Trinité-et-Tobago, Turquie, Ukraine et Venezuela (République bolivarienne du).

6. À la 24e séance, le 9 novembre, la Belgique et la Malaisie se sont portées coauteurs du projet de résolution.

7. À la même séance, la Commission a adopté le projet de résolution A/C.6/67/L.8 sans le mettre aux voix (voir par. 10, projet de résolution I).

## B. Projet de résolution A/C.6/67/L.7

8. À la 23e séance, le 6 novembre, le représentant de l'Autriche a présenté, au nom du Bureau de la Commission, un projet de résolution intitulé "Recommandations visant à aider les institutions d'arbitrage et autres organismes intéressés en cas d'arbitrages régis par le Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international révisé en 2010" (A/C.6/67/L.7).

9. À sa 24e séance, le 9 novembre, la Commission a adopté le projet de résolution A/C.6/67/L.7 sans le mettre aux voix (voir par. 10, projet de résolution II).

# III. Recommandations de la Sixième Commission

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

### Projet de résolution I
### Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa quarante-cinquième session

*L'Assemblée générale*,

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

*Se déclarant de nouveau convaincue* que la modernisation et l'harmonisation progressives du droit commercial international, qui réduisent ou font disparaître les obstacles juridiques qui gênent les courants commerciaux internationaux, notamment ceux que rencontrent les pays en développement, apportent un concours non négligeable à la coopération économique universelle entre tous les États sur la base de l'égalité, de l'équité, de la communauté d'intérêts et du respect de la légalité, ainsi qu'à l'élimination de la discrimination dans le commerce international et, partant, à la paix, à la stabilité et au bien-être de tous les peuples,

*Ayant examiné* le rapport de la Commission[1],

*Déclarant de nouveau craindre* que les activités que d'autres organes mènent dans le domaine du droit commercial international sans bien les coordonner avec

---

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Supplément n° 17* (A/67/17).

celles de la Commission n'aboutissent à des doubles emplois regrettables et ne nuisent à l'efficacité, à l'homogénéité et à la cohérence de l'effort d'unification et d'harmonisation du droit commercial international,

*Réaffirmant* que la Commission, principal organe juridique du système des Nations Unies dans le domaine du droit commercial international, a pour mandat de coordonner l'activité juridique dans cette discipline afin, en particulier, d'éviter les doubles emplois, notamment dans les organisations qui élaborent les règles du commerce international, et de favoriser l'efficacité, l'homogénéité et la cohérence de l'effort de modernisation et d'harmonisation du droit commercial international, et 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. *Prend note avec satisfaction* du rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international[1];

2. *Félicite* la Commission d'avoir achevé et adopté le Guide pour l'incorporation de la Loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur la passation des marchés publics[2] et d'avoir élaboré des recommandations visant à aider les institutions d'arbitrage et autres organismes intéressés en cas d'arbitrages régis par son Règlement d'arbitrage tel que révisé en 2010[3];

3. *Prend note avec intérêt* des progrès que la Commission a réalisés dans les domaines de l'arbitrage et de la conciliation, du règlement des litiges en ligne, du commerce électronique, du droit de l'insolvabilité et des sûretés[4];

4. *Note* que la Commission a tenu des débats au sujet des travaux qu'elle pourrait entreprendre dans le domaine de la passation des marchés publics et dans des domaines connexes, notamment les partenariats entre secteur public et secteur privé, la microfinance et le droit des contrats internationaux, et approuve sa décision de tenir un ou plusieurs colloques sur la microfinance et des questions connexes, éventuellement dans différentes régions, ainsi qu'un colloque où elle définirait la portée des travaux à entreprendre et les principales questions à examiner dans le domaine des partenariats entre secteur public et secteur privé[5];

5. *Prend note avec satisfaction* des projets de la Commission visant à promouvoir l'application uniforme et effective de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, faite à New York le 10 juin 1958[6], notamment l'établissement d'un guide sur la Convention[7];

6. *Note* que la Commission a décidé de recommander l'utilisation de l'édition de 2010 des Principes de l'Institut international pour l'unification du droit privé relatifs aux contrats du commerce international, selon qu'il conviendra,

---

2 Ibid., chap. III.
3 Ibid., chap. IV et annexe I.
4 Ibid., chap. V à IX.
5 Ibid., chap. X à XII.
6 Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 330, n° 4739.
7 *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Supplément n° 17* (A/67/17), chap. XIII.

conformément à l'objet qui leur a été assigné, et des Incoterms 2010, selon qu'il conviendra, dans les opérations de vente internationale[8];

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 le respect de la légalité aux échelons national et international dans ce domaine et, à cet égard, demande aux organisations internationales et régionales compétentes de coordonner leurs activités juridiques avec celles de la Commission afin d'éviter les doubles emplois et de favoriser l'efficacité, l'homogénéité et la cohérence de l'effort de modernisation et d'harmonisation du droit commercial international;

8. *Constate avec satisfaction* que les activités de coordination et de coopération menées par la Commission dans le domaine des sûretés ont bien avancé et, en particulier, que la Commission a publié un ouvrage intitulé "Textes de la CNUDCI, de la Conférence de La Haye et d'UNIDROIT sur les sûretés", établi avec le concours du Bureau permanent de la Conférence de La Haye et du secrétariat de l'Institut international pour l'unification du droit privé, et qu'elle poursuit, en coopération avec la Banque mondiale et des experts extérieurs, l'élaboration d'un ensemble de principes communs sur les régimes efficaces d'opérations garanties[9];

9. *Constate* que la Commission a jugé qu'il était dans l'intérêt de tous les États d'envisager de façon coordonnée le droit de la cession de créances et qu'elle a demandé au Secrétariat de coopérer étroitement avec la Commission européenne afin de coordonner les travaux sur le sujet, en tenant compte de la démarche suivie pour la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international[10] et le *Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties*[11];

10. *Réaffirme* l'importance, en particulier pour les pays en développement, du travail de la Commission dans le domaine de l'assistance et de la coopération techniques en matière de développement et de réforme du droit commercial international et, à cet égard:

a) Se félicite des initiatives qu'a prises la Commission pour développer, par l'entremise de son secrétariat, son programme d'assistance et de coopération techniques, et invite le Secrétaire général à rechercher des partenaires parmi les États et les acteurs non étatiques pour faire mieux connaître les travaux de la Commission et faciliter l'application effective des normes juridiques qui en sont issues;

b) Remercie la Commission d'avoir mené des activités d'assistance et de coopération techniques et d'avoir aidé à l'élaboration de textes législatifs dans le domaine du droit commercial international, et appelle l'attention du Secrétaire général sur le peu de ressources disponibles dans ce domaine;

c) Remercie les gouvernements dont les contributions ont permis de réaliser les activités d'assistance et de coopération techniques, et leur demande, ainsi qu'aux organismes compétents des Nations Unies et aux organisations, aux institutions et aux

---

8 Ibid., chap. XIV.

9 Ibid., par. 165 à 168.

10 Résolution 56/81, annexe.

11 Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.09.V.13; voir également *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Supplément n° 17* (A/67/17), par. 168.

particuliers intéressés, de verser une contribution volontaire au Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, de financer des projets spéciaux, s'il y a lieu, et d'aider de toute autre manière le secrétariat de la Commission dans ses activités d'assistance et de coopération techniques, en particulier dans les pays en développement;

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 apporter leur soutien au programme d'assistance et de coopération techniques de la Commission, à coopérer avec celle-ci et à coordonner leurs activités avec les siennes, en considération de l'utilité et de l'importance de ses travaux et de ses programmes pour la promotion de l'état de droit aux niveaux national et international, et pour la réalisation du programme de développement de l'Organisation des Nations Unies, notamment la réalisation des objectifs du Millénaire pour le développement;

11. *Prend acte avec intérêt* de la note dans laquelle le Secrétariat propose un certain nombre de questions que la Commission pourra examiner lorsqu'elle définira les paramètres de son plan stratégique[12], et estime que la Commission a eu raison d'accepter d'examiner à sa quarante-sixième session les principes stratégiques, notamment, et de formuler des directives à leur sujet[13];

12. *Invite* les États Membres, les États non membres, les organisations observatrices et le Secrétariat à appliquer le règlement intérieur et les méthodes de travail de la Commission, compte tenu du relevé des conclusions figurant à l'annexe III de son rapport sur les travaux de sa quarante-troisième session[14] afin de garantir la qualité des travaux de la Commission et l'acceptabilité, au niveau international, des instruments qu'elle élabore, et rappelle à ce propos les résolutions qu'elle a déjà adoptées sur la question;

13. *Se félicite* de l'ouverture en République de Corée, le 10 janvier 2012, du Centre régional pour l'Asie et le Pacifique de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, première étape inédite mais importante de l'action de la Commission visant à se rapprocher des pays en développement de la région, et à leur offrir une assistance technique, note avec satisfaction l'intérêt manifesté par d'autres États, dont le Kenya et Singapour, pour l'idée d'accueillir des centres régionaux de la Commission, ainsi que le fait que celle-ci a demandé au Secrétariat de continuer d'arrêter avec les Gouvernements du Kenya et de Singapour des dispositions administratives aux fins de l'établissement de ces centres, et prie le Secrétaire général de la tenir informée des progrès accomplis dans la mise en place des centres régionaux, notamment en ce qui concerne leur financement et leur budget[15];

14. *Demande* aux gouvernements, aux organismes compétents des Nations Unies et aux organisations, aux institutions et aux particuliers intéressés, de verser des contributions volontaires au Fonds d'affectation spéciale créé pour financer l'aide accordée au titre des frais de voyage aux pays en développement qui

---

12 A/CN.9/752 et Add.1.

13 *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Supplément n° 17* (A/67/17), chap. XXI.

14 Ibid., *soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17).

15 Ibid., *soixante-septième session, Supplément n° 17* (A/67/17), chap. XIX.

sont membres de la Commission, sur leur demande et en consultation avec le Secrétaire général, afin que cette aide puisse de nouveau être accordée et qu'ainsi les experts des pays en développement participent plus largement aux sessions de la Commission et de ses groupes de travail, de façon à développer les connaissances spécialisées et les capacités en matière de droit commercial international de leur pays d'origine et à favoriser ainsi le développement du commerce international et l'investissement étranger;

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

16. *Partage* la conviction de la Commission que la promulgation et l'application effective de règles de droit privé modernes afférentes au commerce international sont indispensables à la bonne gouvernance, au développement économique durable et à l'élimination de la pauvreté et de la faim, et que la promotion du principe de légalité dans les relations commerciales devrait faire partie intégrante du programme plus général 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;

17. *Prend note avec satisfaction*, à cet égard, de la réunion d'information sur l'état de droit organisée par le Groupe de l'état de droit, qui s'est tenue à la quarante-cinquième session de la Commission[16], et qui a permis à celle-ci de faire connaître ses vues à la réunion de haut niveau de l'Assemblée générale tenue le 24 septembre 2012 sur l'état de droit aux niveaux national et international;

18. *Prend note* des mesures prises par la Commission après la réunion d'information sur l'état de droit, en particulier des messages qu'elle a adressés aux États et à l'Organisation des Nations Unies lors de la réunion de haut niveau, y compris des recommandations de mesures qui devraient contribuer au renforcement de la capacité locale des États de s'employer sans discontinuer à réformer le droit commercial au niveau national et à participer de manière coordonnée aux activités de formulation de règles de droit des organes régionaux et internationaux[17];

19. *Prie de nouveau* le Secrétaire général, conformément à ses résolutions concernant la documentation[18] où elle a souligné en particulier que la demande d'abréger les documents chaque fois que possible ne devait pas nuire à la qualité de leur présentation ou de leur contenu, de prendre en considération la singularité du mandat et des fonctions de la Commission dans le développement progressif et la codification du droit commercial international quand il applique à la documentation de celle-ci les règles limitant le nombre de pages[19];

---

16 Ibid., chap. XX.

17 Ibid., par. 211 à 227.

18 Résolutions 52/214, sect. B, 57/283 B, sect. III, et 58/250, sect. III.

19 Résolutions 59/39, par. 9, et 65/21, par. 18; voir également *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, Supplément n° 17* (A/59/17), par. 124 à 128.

20. *Prie* le Secrétaire général de continuer à faire établir des comptes rendus analytiques des séances que la Commission et les comités pléniers qu'elle met en place pour la durée de sa session annuelle consacrent à l'élaboration de textes normatifs, note que la Commission a confirmé que des comptes rendus analytiques de qualité restaient le meilleur moyen dont on disposait pour conserver de manière intégrale et fidèle les travaux préparatoires de la Commission, et ce de la façon la plus fiable et adaptée aux besoins de l'utilisateur, se félicite de ce que la Commission s'est déclarée prête à examiner parallèlement des solutions modernes qui pourraient répondre aux problèmes que pose actuellement la publication de comptes rendus analytiques et présenter des avantages supplémentaires pour l'utilisation des archives de la Commission, et l'approuve d'avoir accepté d'évaluer à sa quarante-septième session, en 2014, l'expérience de l'emploi d'enregistrements numériques et, sur la base de cette évaluation, de prendre une décision concernant l'éventuel remplacement des comptes rendus analytiques par des enregistrements numériques[20];

21. *Salue* l'examen effectué par la Commission du projet de plan-programme biennal du sous-programme 5 (Harmonisation, modernisation et unification progressives du droit du commerce international) du programme 6 (Affaires juridiques) du projet de cadre stratégique pour la période 2014-2015[21], note que la Commission s'est inquiétée de l'insuffisance des ressources affectées au Secrétariat au titre du sous-programme 5 face au surcroît de demande d'assistance technique en matière de réforme juridique dans le domaine du droit commercial émanant des pays en développement et des pays en transition, note également que la Commission a demandé au Secrétaire général de prendre des dispositions afin de dégager rapidement les ressources supplémentaires, d'un montant relativement modeste, nécessaires pour satisfaire une demande aussi cruciale pour le développement[22], et rappelle le paragraphe 48 de sa résolution 66/246 du 24 décembre 2011 concernant le système d'alternance des réunions entre Vienne et New York;

22. *Note* que la Commission s'est inquiétée de l'insuffisance des ressources dont son secrétariat avait de plus en plus besoin pour pourvoir l'interprétation uniforme de ses textes, jugée indispensable pour leur application effective, et note également que la Commission a encouragé le Secrétariat à étudier divers moyens de répondre à cette préoccupation, notamment en renforçant les partenariats avec les institutions intéressées et en établissant au sein du secrétariat de la Commission un pilier chargé de promouvoir les moyens de faire en sorte que les textes de la Commission soient interprétés uniformément, en particulier en soutenant et en développant le système de collecte et de diffusion de la jurisprudence établie sur la base des textes de la Commission (système CLOUT)[23];

23. *Souligne* l'importance, pour l'unification et l'harmonisation du droit commercial international au niveau mondial, de l'utilisation des textes issus des travaux de la Commission, et, à cette fin, prie instamment les États qui ne l'ont pas encore fait d'envisager de signer et de ratifier les conventions ou d'y adhérer, de promulguer les lois types et de favoriser l'utilisation des autres textes pertinents;

---

[20] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Supplément n° 17* (A/67/17), par. 241 à 249.

[21] A/67/6 (Prog. 6).

[22] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Supplément n° 17* (A/67/17), par. 250 et 251.

[23] Ibid., par. 252.

24. *Se félicite* de l'élaboration de précis de jurisprudence concernant les textes de la Commission, note avec satisfaction que le nombre de résumés disponibles au moyen du système CLOUT continue d'augmenter et salue la publication du Précis de jurisprudence de la CNUDCI sur la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (édition 2012) et celle du Précis de jurisprudence concernant la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (édition 2012)[24] ainsi que l'accord de la Commission en vertu duquel un précis de jurisprudence relatif à la loi type sur l'insolvabilité internationale devrait être élaboré, sous réserve des ressources disponibles au Secrétariat[25].

---

[24] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.12.V.9.

[25] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Supplément n° 17* (A/67/17), par. 156.

## Projet de résolution II
## Recommandations visant à aider les institutions d'arbitrage et autres organismes intéressés en cas d'arbitrages régis par le Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international révisé en 2010

*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* ses résolutions 31/98 du 15 décembre 1976 et 65/22 du 6 décembre 2010 dans lesquelles elle recommandait l'application du Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international[1],

*Reconnaissant* les avantages 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 utile 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,

*Constatant* l'intérêt que présentent les recommandations de 1982 visant à aider les institutions d'arbitrage et autres organismes intéressés en cas d'arbitrages régis par le Règlement d'arbitrage adopté en 1976[2],

*Constatant également* qu'il faut publier des recommandations mises à jour visant à aider les institutions d'arbitrage et autres organismes intéressés en cas d'arbitrages régis par le Règlement d'arbitrage révisé en 2010,

*Estimant* que les recommandations mises à jour visant à aider les institutions d'arbitrage et autres organismes intéressés en cas d'arbitrages régis par le Règlement d'arbitrage révisé en 2010 renforceront sensiblement l'efficacité des arbitrages régis par le Règlement,

*Notant* que les délibérations et consultations voulues ont été tenues avec les gouvernements, les institutions d'arbitrage et les organismes intéressés pour élaborer les recommandations de 2012 visant à aider les institutions d'arbitrage et autres organismes intéressés en cas d'arbitrages régis par le Règlement d'arbitrage révisé en 2010,

---

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente et unième session, Supplément n° 17* (A/31/17), chap. V, sect. C; et ibid., *soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), annexe I.

[2] Ibid., *trente-septième session, Supplément n° 17* (A/37/17), annexe I.

*Convaincue* que les recommandations adoptées par la Commission à sa quarante-cinquième session[3] sont acceptables pour les institutions d'arbitrage et les autres organismes intéressés de pays dotés de systèmes juridiques, sociaux et économiques différents et peuvent contribuer 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, et au développement de relations économiques internationales harmonieuses,

1. *Remercie* la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international d'avoir établi et adopté les recommandations visant à aider les institutions d'arbitrage et autres organismes intéressés en cas d'arbitrages régis par le Règlement d'arbitrage révisé en 2010[3];

2. *Recommande* l'utilisation des recommandations pour le règlement des litiges nés dans le cadre des relations commerciales internationales;

3. *Prie* le Secrétaire général d'assurer une large diffusion des recommandations auprès des gouvernements et de demander qu'elles soient transmises aux institutions d'arbitrage et autres organismes intéressés, de sorte qu'elles soient portées à la connaissance et mises à la disposition du plus grand nombre;

4. *Prie également* le Secrétaire général de publier les recommandations, y compris par voie électronique, et de tout mettre en œuvre pour s'assurer qu'elles sont portées à la connaissance et mises à la disposition du plus grand nombre.

---

[3] Ibid., *soixante-septième session, Supplément n° 17* (A/67/17), annexe I.

# D. Résolutions 67/1, 67/89, 67/90 et 67/97 de l'Assemblée générale

## Résolutions adoptées par l'Assemblée générale sans renvoi à une grande commission et sur la base des rapports de la Sixième Commission (A/67/465, A/67/471)

### 67/1. Déclaration de la Réunion de haut niveau de l'Assemblée générale sur l'état de droit aux niveaux national et international

*L'Assemblée générale*

*Adopte* la déclaration suivante:

## Déclaration de la Réunion de haut niveau de l'Assemblée générale sur l'état de droit aux niveaux national et international

Nous, chefs d'État et de gouvernement et chefs de délégation, nous sommes réunis au Siège de l'Organisation des Nations Unies à New York, le 24 septembre 2012, afin de réaffirmer notre attachement à l'état de droit et son importance fondamentale pour le dialogue politique et la coopération entre tous les États et pour le renforcement de l'action relevant de la triple vocation de l'Organisation: paix et sécurité internationales, promotion des droits de l'homme, développement. Nous estimons que l'état de droit doit guider notre action collective devant les difficultés et les perspectives découlant des nombreuses et complexes mutations d'ordre politique, social et économique dont nous sommes témoins, l'état de droit étant le fondement des relations amicales et équitables entre États et sociétés épris de justice et d'équité.

**I**

1. Nous réaffirmons notre engagement solennel en faveur des buts et principes consacrés dans la Charte des Nations Unies, du droit international et de la justice et d'un ordre international fondé sur l'état de droit, qui constituent l'assise indispensable d'un monde plus pacifique, plus prospère et plus juste.

2. Nous considérons que l'état de droit vaut aussi bien pour tous les États que pour les organisations internationales, y compris l'Organisation des Nations Unies et ses organes principaux, et que le respect et la promotion de l'état de droit et de la justice devraient guider toutes leurs activités et conférer certitude et légitimité à leurs actions. Nous considérons également que toutes les personnes, institutions et entités publiques ou privées, y compris l'État lui-même, sont tenues de respecter les lois justes et équitables et ont droit sans distinction à l'égale protection de la loi.

3. Nous sommes déterminés à instaurer dans le monde entier une paix juste et durable conformément aux buts et principes consacrés dans la Charte des Nations Unies. Nous réaffirmons notre volonté d'appuyer tous les efforts visant à défendre l'égalité souveraine de tous les États et de respecter leur intégrité territoriale et leur indépendance politique, de nous abstenir dans nos relations internationales de recourir à la menace ou à l'emploi de la force d'une façon incompatible avec les buts et principes des Nations Unies, et de soutenir le

règlement des différends par des moyens pacifiques et conformément aux principes de la justice et du droit international, le droit à l'autodétermination des peuples encore sous domination coloniale ou occupation étrangère, la non-ingérence dans les affaires intérieures des États, le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le respect de l'égalité des droits de tous sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion, la coopération internationale visant à régler les problèmes internationaux d'ordre économique, social, culturel ou humanitaire, et l'exécution de bonne foi des obligations découlant de la Charte.

4. Nous réaffirmons que tous les États doivent régler leurs différends internationaux par voie de négociation, d'enquête, de bons offices, de médiation, de conciliation, d'arbitrage et de règlement judiciaire, ou par d'autres moyens pacifiques de leur choix.

5. Nous réaffirmons que les droits de l'homme, l'état de droit et la démocratie sont interdépendants, se renforcent mutuellement et sont au nombre des valeurs et principes fondamentaux universels et indissociables de l'Organisation des Nations Unies.

6. Nous réaffirmons que nos États s'engagent solennellement à s'acquitter de l'obligation qui leur est faite de promouvoir le respect universel et effectif et la protection de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales pour tous, l'universalité de ces droits et de ces libertés étant incontestable. Nous soulignons la responsabilité qui incombe à tous les États, conformément à la Charte des Nations Unies, de respecter les droits de l'homme et libertés fondamentales pour tous, sans distinction aucune.

7. Nous sommes convaincus que l'état de droit et le développement sont fortement interdépendants et se renforcent mutuellement, que la promotion de l'état de droit aux niveaux national et international est indispensable à la croissance économique soutenue et sans exclusive, au développement durable, à l'élimination de la pauvreté et de la faim et à la pleine réalisation de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales, y compris le droit au développement, qui renforcent à leur tour l'état de droit, et nous sommes de ce fait convaincus que cette interdépendance devrait être prise en compte dans le programme international de développement pour l'après-2015.

8. Nous considérons que des cadres juridiques justes, stables et prévisibles sont importants pour promouvoir le développement durable, équitable et sans exclusive, la croissance économique et l'emploi, les investissements et l'esprit d'entreprise, et, à cet égard, nous saluons les travaux de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international visant à moderniser et à harmoniser cette branche du droit.

9. Nous exhortons les États à s'abstenir d'adopter ou d'appliquer toute mesure économique, financière ou commerciale unilatérale contraire au droit international et à la Charte des Nations Unies qui viendrait entraver la pleine réalisation du potentiel de développement économique et social, notamment des pays en développement.

10. Nous prenons note des progrès accomplis par les pays dans le sens de la consécration de l'état de droit en tant que partie intégrante de leurs stratégies nationales. Nous constatons aussi qu'il existe des traits communs découlant de

l'existence de normes et critères internationaux qui se retrouvent dans la grande diversité des expériences nationales dans le domaine de l'état de droit. À cet égard, nous soulignons qu'il importe de promouvoir la mise en commun des pratiques nationales et le dialogue sans exclusive.

11. Nous considérons qu'il importe que chaque État soit maître de ses activités en matière d'état de droit et de renforcement des institutions judiciaires et sécuritaires, lesquelles doivent être accessibles et répondre aux besoins et aux droits de tous les individus, gagner la confiance du citoyen et favoriser la cohésion sociale et la prospérité économique.

12. Nous réaffirmons le principe de la bonne gouvernance et sommes décidés à pourvoir à la prestation efficace, juste, non discriminatoire et équitable des services publics liés à l'état de droit, y compris la justice pénale, civile et administrative, le règlement des litiges commerciaux et l'aide juridictionnelle.

13. Nous sommes convaincus que l'indépendance, l'impartialité et l'intégrité de la justice constituent le soubassement de l'état de droit et d'une administration de la justice exempte de toute discrimination.

14. Nous insistons sur le droit à l'égal accès de tous à la justice, y compris les membres de groupes vulnérables, et sur l'importance qu'il y a à sensibiliser chacun aux droits qu'il tire de la loi et, à cet égard, nous nous engageons à prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer en toute équité, transparence, efficacité et sans discrimination des services qui facilitent l'accès de tous à la justice, notamment à l'aide juridictionnelle, et à répondre de cet engagement.

15. Nous considérons que, dès lors qu'ils respectent les prescriptions du droit international des droits de l'homme, les mécanismes judiciaires informels jouent un rôle utile dans le règlement des différends et que chacun, en particulier les femmes et les membres de groupes vulnérables, devrait jouir de l'égalité d'accès à ces mécanismes.

16. Nous considérons qu'il importe de veiller à ce que les femmes, en vertu du principe de l'égalité des sexes, jouissent pleinement des avantages de l'état de droit et nous nous engageons à mettre la loi au service de la défense de l'égalité des droits et à assurer leur pleine et égale participation, notamment aux institutions de gouvernance et à la justice, et nous nous engageons de nouveau à créer des cadres juridiques et législatifs appropriés afin de prévenir et de réprimer toutes formes de discrimination et de violence contre les femmes et d'assurer leur autonomisation et leur libre accès à la justice.

17. Nous reconnaissons l'importance de l'état de droit pour la protection des droits de l'enfant, y compris la protection juridique contre la discrimination, la violence, la maltraitance et l'exploitation, afin de veiller aux intérêts de l'enfant dans tous les domaines, et nous nous engageons de nouveau à donner pleinement effet aux droits de l'enfant.

18. Nous soulignons l'importance de l'état de droit en tant que l'un des éléments essentiels de la prévention des conflits, du maintien de la paix, du règlement des conflits et de la consolidation de la paix et nous insistons sur le fait que la justice, y compris la justice transitionnelle, constitue un élément fondamental de la paix durable dans les pays qui sont en proie à un conflit ou qui viennent d'en sortir, et nous soulignons également qu'il est nécessaire que la communauté internationale,

notamment l'Organisation des Nations Unies, aide et accompagne, à leur demande, ces pays qui risquent de se heurter à des difficultés particulières durant leur transition.

19. Nous soulignons qu'il importe d'aider les États à se doter de capacités civiles plus efficaces et à renforcer leurs institutions au lendemain d'un conflit, notamment en faisant appel aux missions de maintien de la paix dans le respect de leur mandat, ainsi qu'à la coopération internationale, régionale, Nord-Sud, Sud-Sud et triangulaire renforcée, notamment dans le domaine de l'état de droit.

20. Nous soulignons que, pour améliorer le sort des victimes des conflits armés, il est indispensable que le droit international humanitaire soit mieux respecté et nous réaffirmons que tous les États et toutes les parties à des conflits armés ont l'obligation de respecter et de faire respecter en toutes circonstances le droit international humanitaire, et nous soulignons également qu'au niveau national il est nécessaire de faire largement connaître le droit international humanitaire et de s'y conformer.

21. Nous soulignons qu'il importe que la justice transitionnelle soit entendue au sens large comme comprenant l'ensemble des mesures judiciaires et non judiciaires visant à donner effet au principe de responsabilité, à servir la justice, à offrir des voies de recours aux victimes, à favoriser l'apaisement et la réconciliation, à instituer une tutelle indépendante de l'appareil de sécurité, à rétablir la confiance dans les institutions de l'État et à promouvoir l'état de droit. À cet égard, nous soulignons également que les processus de recherche de la vérité, notamment ceux qui consistent à analyser les violations du droit international des droits de l'homme et du droit international humanitaire pour en déterminer les causes et les conséquences, sont des outils importants qui viendraient compléter les procédures judiciaires.

22. Nous nous engageons à faire en sorte que l'impunité du génocide, des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité ainsi que des violations du droit international humanitaire et des violations graves du droit des droits de l'homme ne soit pas tolérée, et que ces violations fassent l'objet d'enquêtes sérieuses et de sanctions appropriées, notamment en veillant à ce que les auteurs de ces crimes ou violations soient traduits en justice selon la procédure prévue par le droit interne ou, s'il y a lieu, selon un mécanisme régional ou international, dans le respect du droit international, et encourageons à cette fin les États à renforcer leur appareil et leurs institutions judiciaires.

23. Nous sommes conscients du rôle que joue la Cour pénale internationale dans un système multilatéral visant à mettre fin à l'impunité et à instaurer l'état de droit, saluons à cet égard les États qui sont devenus parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale[1], engageons tous les États qui ne l'ont pas encore fait à envisager de ratifier le Statut de Rome ou à y adhérer, et soulignons qu'il importe de coopérer avec la Cour.

24. Nous soulignons qu'il importe de renforcer, conformément aux principes de la responsabilité collective et dans le respect du droit international, la coopération internationale aux fins de démanteler les réseaux illicites et de s'attaquer au

---

[1] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2187, n° 38544.

problème mondial de la drogue et à la criminalité transnationale organisée, notamment au blanchiment d'argent, à la traite des êtres humains, au trafic d'armes et aux autres manifestations de la criminalité organisée, toutes activités criminelles qui sont un facteur d'insécurité au niveau national, compromettent le développement durable et vont à l'encontre de l'état de droit.

25. Nous sommes convaincus que la corruption est nuisible, en ce qu'elle fait obstacle à la croissance et au développement économiques, entame la confiance du citoyen dans la légitimité et la transparence des institutions et entrave l'adoption de lois justes et efficaces, ainsi que l'administration et l'exécution des lois et l'action des tribunaux, et insistons en conséquence sur l'importance de l'état de droit en tant que condition essentielle de la prévention et de la répression de la corruption, dans le cadre notamment d'une coopération plus étroite entre les États en matière pénale.

26. Nous condamnons de nouveau fermement et catégoriquement le terrorisme, sous toutes ses formes et dans toutes ses manifestations, quels qu'en soient les auteurs, les lieux et les buts, considérant qu'il constitue l'une des menaces les plus graves contre la paix et la sécurité internationales; nous réaffirmons que toutes les mesures de lutte contre le terrorisme doivent être conformes aux obligations qui incombent aux États au regard du droit international, dont celles découlant de la Charte des Nations Unies, en particulier des buts et principes qui y sont énoncés, et celles résultant des conventions et protocoles applicables, en particulier du droit international des droits de l'homme, du droit des réfugiés et du droit humanitaire.

## II

27. Nous avons conscience de la contribution que l'Assemblée générale, principal organe délibérant et représentatif des Nations Unies, apporte à la cause de l'état de droit sous tous ses aspects en définissant des principes et des normes et en concourant au développement progressif et à la codification du droit international.

28. Nous saluons la contribution que le Conseil de sécurité apporte à la cause de l'état de droit dans l'exercice de la responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationales qui lui incombe.

29. Conscients du rôle que la Charte des Nations Unies assigne à des mesures collectives efficaces aux fins du maintien et du rétablissement de la paix et de la sécurité internationales, nous encourageons le Conseil de sécurité à continuer de veiller à mettre les sanctions ciblées avec soin au service d'objectifs clairs et à en limiter les éventuels contrecoups, et à continuer également à suivre des procédures équitables et claires et à les préciser.

30. Nous saluons la contribution que le Conseil économique et social apporte à la cause de l'état de droit en œuvrant à l'élimination de la pauvreté et au développement durable sous ses aspects économiques, sociaux et environnementaux.

31. Nous saluons la contribution qu'apporte la Cour internationale de Justice, principal organe judiciaire des Nations Unies, notamment en réglant des différends entre États, ainsi que le rôle qu'elle joue dans la promotion de l'état de droit; nous réaffirmons que tous les États ont l'obligation de se conformer aux arrêts rendus par la Cour dans les affaires auxquelles ils sont parties; et nous engageons les États qui ne l'ont pas encore fait à envisager de déclarer reconnaître la juridiction de la Cour,

comme le Statut de celle-ci leur en donne la faculté. Nous rappelons que les organes des Nations Unies ayant qualité pour ce faire peuvent demander à la Cour des avis consultatifs.

32. Nous saluons la contribution apportée par le Tribunal international du droit de la mer ainsi que par les autres juridictions internationales à la promotion de l'état de droit aux niveaux international et national.

33. Nous saluons la contribution que la Commission du droit international apporte à la promotion de l'état de droit au niveau international en œuvrant au développement progressif et à la codification du droit international.

34. Nous avons conscience du rôle essentiel qui revient aux parlements en matière d'état de droit et notons avec satisfaction que l'Organisation des Nations Unies collabore avec les parlements et l'Union interparlementaire.

35. Nous sommes convaincus que la bonne gouvernance au niveau international est une condition fondamentale de la consolidation de l'état de droit et soulignons qu'il importe de poursuivre les efforts entrepris dans le sens de la revitalisation de l'Assemblée générale, de la réforme du Conseil de sécurité et du renforcement du Conseil économique et social, conformément aux résolutions et décisions pertinentes.

36. Nous prenons note des décisions importantes qui ont été prises en ce qui concerne la réforme des mécanismes de gouvernance, des quotes-parts et des droits de vote au sein des institutions de Bretton Woods, de manière à mieux refléter les réalités actuelles, à donner davantage voix au chapitre aux pays en développement et à leur assurer une participation accrue; et nous réitérons qu'il importe de continuer à réformer la gouvernance de ces institutions afin d'en accroître l'efficacité, la crédibilité, la transparence et la légitimité.

**III**

37. Nous réaffirmons que les États doivent remplir toutes les obligations que leur fait le droit international et soulignons qu'il importe d'aider davantage les États qui en font la demande à se conformer à leurs obligations internationales dans l'ordre interne, en leur fournissant une assistance technique et en les aidant à s'en donner les moyens.

38. Nous soulignons l'importance de la coopération internationale et invitons les donateurs, les organisations intergouvernementales régionales, sous-régionales et autres, ainsi que les acteurs concernés de la société civile, dont les organisations non gouvernementales, à fournir aux États, à leur demande, une assistance technique et à les aider à se donner les moyens de leurs ambitions, dans le domaine notamment de l'éducation et de la formation, ainsi qu'à partager leur expérience pratique et les enseignements qu'ils ont tirés en matière d'état de droit aux niveaux international et national.

39. Nous prenons note du rapport du Secrétaire général intitulé "Rendre la justice: programme d'action visant à renforcer l'état de droit aux niveaux national et international"[2].

---

[2] A/66/749.

40. Nous prions le Secrétaire général de veiller à ce que les activités des organismes des Nations Unies et leurs relations avec les donateurs et les pays bénéficiaires soient plus étroitement coordonnées et procèdent d'une plus grande cohérence, afin de rendre plus efficaces les activités de renforcement des moyens mis au service de l'état de droit.

41. Nous soulignons qu'il importe de continuer d'examiner et de promouvoir l'état de droit sous tous ses aspects et décidons à cette fin de poursuivre nos travaux au sein de l'Assemblée générale pour renforcer encore les liens entre l'état de droit et la triple vocation de l'Organisation des Nations Unies: paix et sécurité, promotion des droits de l'homme, développement. Nous prions en conséquence le Secrétaire général de faire dans son rapport à l'Assemblée à sa soixante-huitième session des propositions sur les méthodes et les moyens à employer pour développer encore ces liens, avec une large participation des parties prenantes.

42. Nous prenons acte des divers engagements qui ont été annoncés à l'occasion de la réunion de haut niveau dans le sens de la consolidation de l'état de droit, et encourageons les États qui ne l'ont pas encore fait à envisager d'annoncer, unilatéralement ou solidairement, compte tenu de leurs priorités nationales, leur intention d'apporter leur pierre à cette entreprise, notamment en partageant leurs connaissances, en mettant en commun leurs meilleures pratiques et en renforçant la coopération internationale, y compris la coopération régionale et la coopération Sud-Sud.

*3e séance plénière*
*24 septembre 2012*

## 67/89. Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa quarante-cinquième session

*L'Assemblée générale*,

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

*Se déclarant de nouveau convaincue* que la modernisation et l'harmonisation progressives du droit commercial international, qui réduisent ou font disparaître les obstacles juridiques qui gênent les courants commerciaux internationaux, notamment ceux que rencontrent les pays en développement, apportent un concours non négligeable à la coopération économique universelle entre tous les États sur la base de l'égalité, de l'équité, de la communauté d'intérêts et du respect de la légalité, ainsi qu'à l'élimination de la discrimination dans le commerce international et, partant, à la paix, à la stabilité et au bien-être de tous les peuples,

*Ayant examiné* le rapport de la Commission[1],

*Déclarant de nouveau craindre* que les activités que d'autres organes mènent dans le domaine du droit commercial international sans bien les coordonner avec celles de la Commission n'aboutissent à des doubles emplois regrettables et ne nuisent à l'efficacité, à l'homogénéité et à la cohérence de l'effort d'unification et d'harmonisation du droit commercial international,

*Réaffirmant* que la Commission, principal organe juridique du système des Nations Unies dans le domaine du droit commercial international, a pour mandat de coordonner l'activité juridique dans cette discipline afin, en particulier, d'éviter les doubles emplois, notamment dans les organisations qui élaborent les règles du commerce international, et de favoriser l'efficacité, l'homogénéité et la cohérence de l'effort de modernisation et d'harmonisation du droit commercial international, et 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. *Prend note avec satisfaction* du rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international[1];

2. *Félicite* la Commission d'avoir achevé et adopté le Guide pour l'incorporation de la Loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur la passation des marchés publics[2] et d'avoir élaboré des recommandations visant à aider les institutions d'arbitrage et autres organismes intéressés en cas d'arbitrages régis par son Règlement d'arbitrage tel que révisé en 2010[3];

---

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Supplément n° 17* (A/67/17).

[2] Ibid., chap. III.

[3] Ibid., chap. IV et annexe I.

3. *Prend note avec intérêt* des progrès que la Commission a réalisés dans les domaines de l'arbitrage et de la conciliation, du règlement des litiges en ligne, du commerce électronique, du droit de l'insolvabilité et des sûretés[4];

4. *Note* que la Commission a tenu des débats au sujet des travaux qu'elle pourrait entreprendre dans le domaine de la passation des marchés publics et dans des domaines connexes, notamment les partenariats entre secteur public et secteur privé, la microfinance et le droit des contrats internationaux, et approuve sa décision de tenir un ou plusieurs colloques sur la microfinance et des questions connexes, éventuellement dans différentes régions, ainsi qu'un colloque où elle définirait la portée des travaux à entreprendre et les principales questions à examiner dans le domaine des partenariats entre secteur public et secteur privé[5];

5. *Prend note avec satisfaction* des projets de la Commission visant à promouvoir l'application uniforme et effective de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, faite à New York le 10 juin 1958[6], notamment l'établissement d'un guide sur la Convention[7];

6. *Note* que la Commission a décidé de recommander l'utilisation de l'édition de 2010 des Principes de l'Institut international pour l'unification du droit privé relatifs aux contrats du commerce international, selon qu'il conviendra, conformément à l'objet qui leur a été assigné, et des Incoterms 2010, selon qu'il conviendra, dans les opérations de vente internationale[8];

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 le respect de la légalité aux échelons national et international dans ce domaine et, à cet égard, demande aux organisations internationales et régionales compétentes de coordonner leurs activités juridiques avec celles de la Commission afin d'éviter les doubles emplois et de favoriser l'efficacité, l'homogénéité et la cohérence de l'effort de modernisation et d'harmonisation du droit commercial international;

8. *Constate avec satisfaction* que les activités de coordination et de coopération menées par la Commission dans le domaine des sûretés ont bien avancé et, en particulier, que la Commission a publié un ouvrage intitulé "Textes de la CNUDCI, de la Conférence de La Haye et d'UNIDROIT sur les sûretés", établi avec le concours du Bureau permanent de la Conférence de La Haye et du secrétariat de l'Institut international pour l'unification du droit privé, et qu'elle poursuit, en coopération avec la Banque mondiale et des experts extérieurs, l'élaboration d'un ensemble de principes communs sur les régimes efficaces d'opérations garanties[9];

---

4 Ibid., chap. V à IX.

5 Ibid., chap. X à XII.

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

7 *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Supplément n° 17* (A/67/17), chap. XIII.

8 Ibid., chap. XIV.

9 Ibid., par. 165 à 168.

9. *Constate* que la Commission a jugé qu'il était dans l'intérêt de tous les États d'envisager de façon coordonnée le droit de la cession de créances et qu'elle a demandé au Secrétariat de coopérer étroitement avec la Commission européenne afin de coordonner les travaux sur le sujet[10], en tenant compte de la démarche suivie pour la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international[11] et le *Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties*[12];

10. *Réaffirme* l'importance, en particulier pour les pays en développement, du travail de la Commission dans le domaine de l'assistance et de la coopération techniques en matière de développement et de réforme du droit commercial international et, à cet égard:

a) Se félicite des initiatives qu'a prises la Commission pour développer, par l'entremise de son secrétariat, son programme d'assistance et de coopération techniques, et invite le Secrétaire général à rechercher des partenaires parmi les États et les acteurs non étatiques pour faire mieux connaître les travaux de la Commission et faciliter l'application effective des normes juridiques qui en sont issues;

b) Remercie la Commission d'avoir mené des activités d'assistance et de coopération techniques et d'avoir aidé à l'élaboration de textes législatifs dans le domaine du droit commercial international, et appelle l'attention du Secrétaire général sur le peu de ressources disponibles dans ce domaine;

c) Remercie les gouvernements dont les contributions ont permis de réaliser les activités d'assistance et de coopération techniques, et leur demande, ainsi qu'aux organismes compétents des Nations Unies et aux organisations, aux institutions et aux particuliers intéressés, de verser une contribution volontaire au Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, de financer des projets spéciaux, s'il y a lieu, et d'aider de toute autre manière le secrétariat de la Commission dans ses activités d'assistance et de coopération techniques, en particulier dans les pays en développement;

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 apporter leur soutien au programme d'assistance et de coopération techniques de la Commission, à coopérer avec celle-ci et à coordonner leurs activités avec les siennes, en considération de l'utilité et de l'importance de ses travaux et de ses programmes pour la promotion de l'état de droit aux niveaux national et international, et pour la réalisation du programme de développement de l'Organisation des Nations Unies, notamment la réalisation des objectifs du Millénaire pour le développement;

11. *Prend acte avec intérêt* de la note dans laquelle le Secrétariat propose un certain nombre de questions que la Commission pourra examiner lorsqu'elle définira les paramètres de son plan stratégique[13], et estime que la Commission a eu

---

[10] Ibid., par. 168.

[11] Résolution 56/81, annexe.

[12] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.09.V.13.

[13] A/CN.9/752 et Add.1.

raison d'accepter d'examiner à sa quarante-sixième session les principes stratégiques, notamment, et de formuler des directives à leur sujet[14];

12. *Invite* les États Membres, les États non membres, les organisations observatrices et le Secrétariat à appliquer le règlement intérieur et les méthodes de travail de la Commission, compte tenu du relevé des conclusions figurant à l'annexe III de son rapport sur les travaux de sa quarante-troisième session[15] afin de garantir la qualité des travaux de la Commission et l'acceptabilité, au niveau international, des instruments qu'elle élabore, et rappelle à ce propos les résolutions qu'elle a déjà adoptées sur la question;

13. *Se félicite* de l'ouverture en République de Corée, le 10 janvier 2012, du Centre régional pour l'Asie et le Pacifique de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, première étape inédite mais importante de l'action de la Commission visant à se rapprocher des pays en développement de la région, et à leur offrir une assistance technique, note avec satisfaction l'intérêt manifesté par d'autres États, dont le Kenya et Singapour, pour l'idée d'accueillir des centres régionaux de la Commission, ainsi que le fait que celle-ci a demandé au Secrétariat de continuer d'arrêter avec les Gouvernements du Kenya et de Singapour des dispositions administratives aux fins de l'établissement de ces centres, et prie le Secrétaire général de la tenir informée des progrès accomplis dans la mise en place des centres régionaux, notamment en ce qui concerne leur financement et leur budget[16];

14. *Demande* aux gouvernements, aux organismes compétents des Nations Unies et aux organisations, aux institutions et aux particuliers intéressés, de verser des contributions volontaires au Fonds d'affectation spéciale créé pour financer l'aide accordée au titre des frais de voyage aux pays en développement qui sont membres de la Commission, sur leur demande et en consultation avec le Secrétaire général, afin que cette aide puisse de nouveau être accordée et qu'ainsi les experts des pays en développement participent plus largement aux sessions de la Commission et de ses groupes de travail, de façon à développer les connaissances spécialisées et les capacités en matière de droit commercial international de leur pays d'origine et à favoriser ainsi le développement du commerce international et l'investissement étranger;

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

16. *Partage* la conviction de la Commission que la promulgation et l'application effective de règles de droit privé modernes afférentes au commerce international sont indispensables à la bonne gouvernance, au développement économique durable et à l'élimination de la pauvreté et de la faim, et que la

---

[14] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Supplément n° 17* (A/67/17), chap. XXI.

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

[16] Ibid., *soixante-septième session, Supplément n° 17* (A/67/17), chap. XIX.

promotion du principe de légalité dans les relations commerciales devrait faire partie intégrante du programme plus général 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;

17. *Prend note avec satisfaction*, à cet égard, de la réunion d'information sur l'état de droit organisée par le Groupe de l'état de droit, qui s'est tenue à la quarante-cinquième session de la Commission[17], et qui a permis à celle-ci de faire connaître ses vues à la réunion de haut niveau de l'Assemblée générale tenue le 24 septembre 2012 sur l'état de droit aux niveaux national et international;

18. *Prend note* des mesures prises par la Commission après la réunion d'information sur l'état de droit, en particulier des messages qu'elle a adressés aux États et à l'Organisation des Nations Unies lors de la réunion de haut niveau, y compris des recommandations de mesures qui devraient contribuer au renforcement de la capacité locale des États de s'employer sans discontinuer à réformer le droit commercial au niveau national et à participer de manière coordonnée aux activités de formulation de règles de droit des organes régionaux et internationaux[18];

19. *Prie de nouveau* le Secrétaire général, conformément à ses résolutions concernant la documentation[19] où elle a souligné en particulier que la demande d'abréger les documents chaque fois que possible ne devait pas nuire à la qualité de leur présentation ou de leur contenu, de prendre en considération la singularité du mandat et des fonctions de la Commission dans le développement progressif et la codification du droit commercial international quand il applique à la documentation de celle-ci les règles limitant le nombre de pages[20];

20. *Prie* le Secrétaire général de continuer à faire établir des comptes rendus analytiques des séances que la Commission et les comités pléniers qu'elle met en place pour la durée de sa session annuelle consacrent à l'élaboration de textes normatifs, note que la Commission a confirmé que des comptes rendus analytiques de qualité restaient le meilleur moyen dont on disposait pour conserver de manière intégrale et fidèle les travaux préparatoires de la Commission, et ce de la façon la plus fiable et adaptée aux besoins de l'utilisateur, se félicite de ce que la Commission s'est déclarée prête à examiner parallèlement des solutions modernes qui pourraient répondre aux problèmes que pose actuellement la publication de comptes rendus analytiques et présenter des avantages supplémentaires pour l'utilisation des archives de la Commission, et l'approuve d'avoir accepté d'évaluer à sa quarante-septième session, en 2014, l'expérience de l'emploi d'enregistrements numériques et, sur la base de cette évaluation, de prendre une décision concernant l'éventuel remplacement des comptes rendus analytiques par des enregistrements numériques[21];

21. *Salue* l'examen effectué par la Commission du projet de plan-programme biennal du sous-programme 5 (Harmonisation, modernisation et unification

---

17 Ibid., chap. XX.

18 Ibid., par. 211 à 227.

19 Résolutions 52/214, sect. B, 57/283 B, sect. III, et 58/250, sect. III.

20 Résolutions 59/39, par. 9, et 65/21, par. 18; voir également *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, Supplément n° 17* (A/59/17), par. 124 à 128.

21 *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Supplément n° 17* (A/67/17), par. 241 à 249.

progressives du droit du commerce international) du programme 6 (Affaires juridiques) du projet de cadre stratégique pour la période 2014-2015[22], note que la Commission s'est inquiétée de l'insuffisance des ressources affectées au Secrétariat au titre du sous-programme 5 face au surcroît de demande d'assistance technique en matière de réforme juridique dans le domaine du droit commercial émanant des pays en développement et des pays en transition, note également que la Commission a demandé au Secrétaire général de prendre des dispositions afin de dégager rapidement les ressources supplémentaires, d'un montant relativement modeste, nécessaires pour satisfaire une demande aussi cruciale pour le développement[23], et rappelle le paragraphe 48 de sa résolution 66/246 du 24 décembre 2011 concernant le système d'alternance des réunions entre Vienne et New York;

22. *Note* que la Commission s'est inquiétée de l'insuffisance des ressources dont son secrétariat avait de plus en plus besoin pour pourvoir l'interprétation uniforme de ses textes, jugée indispensable pour leur application effective, et note également que la Commission a encouragé le Secrétariat à étudier divers moyens de répondre à cette préoccupation, notamment en renforçant les partenariats avec les institutions intéressées et en établissant au sein du secrétariat de la Commission un pilier chargé de promouvoir les moyens de faire en sorte que les textes de la Commission soient interprétés uniformément, en particulier en soutenant et en développant le système de collecte et de diffusion de la jurisprudence établie sur la base des textes de la Commission (système CLOUT)[24];

23. *Souligne* l'importance, pour l'unification et l'harmonisation du droit commercial international au niveau mondial, de l'utilisation des textes issus des travaux de la Commission, et, à cette fin, prie instamment les États qui ne l'ont pas encore fait d'envisager de signer et de ratifier les conventions ou d'y adhérer, de promulguer les lois types et de favoriser l'utilisation des autres textes pertinents;

24. *Se félicite* de l'élaboration de précis de jurisprudence concernant les textes de la Commission, note avec satisfaction que le nombre de résumés disponibles au moyen du système CLOUT continue d'augmenter et salue la publication du Précis de jurisprudence de la CNUDCI sur la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (édition 2012) et celle du Précis de jurisprudence concernant la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (édition 2012) ainsi que l'accord de la Commission en vertu duquel un précis de jurisprudence relatif à la loi type sur l'insolvabilité internationale devrait être élaboré, sous réserve des ressources disponibles au Secrétariat[25].

*56e séance plénière*
*14 décembre 2012*

---

22 A/67/6 (Prog. 6).

23 *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Supplément n° 17* (A/67/17), par. 250 et 251.

24 Ibid., par. 252.

25 Ibid., par. 156.

## 67/90. Recommandations visant à aider les institutions d'arbitrage et autres organismes intéressés en cas d'arbitrages régis par le Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international révisé en 2010

*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* ses résolutions 31/98 du 15 décembre 1976 et 65/22 du 6 décembre 2010 dans lesquelles elle recommandait l'application du Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international[1],

*Reconnaissant* les avantages 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 utile 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,

*Constatant* l'intérêt que présentent les recommandations de 1982 visant à aider les institutions d'arbitrage et autres organismes intéressés en cas d'arbitrages régis par le Règlement d'arbitrage adopté en 1976[2],

*Constatant également* qu'il faut publier des recommandations mises à jour visant à aider les institutions d'arbitrage et autres organismes intéressés en cas d'arbitrages régis par le Règlement d'arbitrage révisé en 2010,

*Estimant* que les recommandations mises à jour visant à aider les institutions d'arbitrage et autres organismes intéressés en cas d'arbitrages régis par le Règlement d'arbitrage révisé en 2010 renforceront sensiblement l'efficacité des arbitrages régis par le Règlement,

*Notant* que les délibérations et consultations voulues ont été tenues avec les gouvernements, les institutions d'arbitrage et les organismes intéressés pour élaborer les recommandations de 2012 visant à aider les institutions d'arbitrage et autres organismes intéressés en cas d'arbitrages régis par le Règlement d'arbitrage révisé en 2010,

*Convaincue* que les recommandations adoptées par la Commission à sa quarante-cinquième session[3] sont acceptables pour les institutions d'arbitrage et les

---

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente et unième session, Supplément n° 17* (A/31/17), chap. V, sect. C; et ibid., *soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), annexe I.

[2] Ibid., *trente-septième session, Supplément n° 17* (A/37/17), annexe I.

autres organismes intéressés de pays dotés de systèmes juridiques, sociaux et économiques différents et peuvent contribuer 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, et au développement de relations économiques internationales harmonieuses,

1. *Remercie* la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international d'avoir établi et adopté les recommandations visant à aider les institutions d'arbitrage et autres organismes intéressés en cas d'arbitrages régis par le Règlement d'arbitrage révisé en 2010[3];

2. *Recommande* l'utilisation des recommandations pour le règlement des litiges nés dans le cadre des relations commerciales internationales;

3. *Prie* le Secrétaire général d'assurer une large diffusion des recommandations auprès des gouvernements et de demander qu'elles soient transmises aux institutions d'arbitrage et autres organismes intéressés, de sorte qu'elles soient portées à la connaissance et mises à la disposition du plus grand nombre;

4. *Prie également* le Secrétaire général de publier les recommandations, y compris par voie électronique, et de tout mettre en œuvre pour s'assurer qu'elles sont portées à la connaissance et mises à la disposition du plus grand nombre.

*56e séance plénière*
*14 décembre 2012*

---

3 Ibid., *soixante-septième session, Supplément n° 17* (A/67/17), annexe I.

### 67/97. L'état de droit aux niveaux national et international

*L'Assemblée générale*,

*Rappelant* sa résolution 66/102 du 9 décembre 2011,

*Réaffirmant son attachement* aux buts et principes énoncés dans la Charte des Nations Unies et au droit international, fondements essentiels d'un monde plus pacifique, plus prospère et plus juste, et se déclarant de nouveau résolue à en promouvoir le strict respect et à instaurer une paix juste et durable dans le monde entier,

*Réaffirmant* que les droits de l'homme, l'état de droit et la démocratie sont interdépendants, se renforcent mutuellement et font partie des valeurs et des principes fondamentaux, universels et indissociables de l'Organisation des Nations Unies,

*Réaffirmant également* la nécessité que le principe de l'état de droit soit universellement accepté et appliqué 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 pour la coexistence pacifique et 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 de toutes les libertés fondamentales, et sachant que la sécurité collective appelle une coopération efficace, dans le respect de la Charte et du droit international, contre les menaces transnationales,

*Réaffirmant* que tous les États doivent s'abstenir, dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force d'une façon incompatible avec les buts et principes des Nations Unies et qu'ils doivent régler leurs différends internationaux par des moyens pacifiques de telle manière que la paix et la sécurité internationales, ainsi que la justice, ne soient pas mises en danger, conformément au Chapitre VI de la Charte, et demandant aux États qui ne l'ont pas encore fait d'envisager de reconnaître la juridiction de la Cour internationale de Justice, comme le prévoit le Statut de celle-ci,

*Convaincue* que la promotion et le respect de l'état de droit aux niveaux national et international, ainsi que la justice et la bonne gouvernance, doivent guider l'action de l'Organisation des Nations Unies et de ses États Membres,

*Rappelant* l'alinéa e) du paragraphe 134 du Document final du Sommet mondial de 2005[1],

1. *Rappelle* la réunion de haut niveau sur l'état de droit aux niveaux national et international qu'elle a tenue durant le débat de haut niveau de sa soixante-septième session, ainsi que la Déclaration qui y a été adoptée[2];

2. *Prend acte* du rapport annuel du Secrétaire général sur le renforcement et la coordination de l'action des Nations Unies dans le domaine de l'état de droit[3];

---

[1] Résolution 60/1.

[2] Résolution 67/1.

3. *Réaffirme* le rôle qui est le sien dans la promotion du développement progressif du droit international et de sa codification, et réaffirme également que les États doivent respecter toutes les obligations que leur impose le droit international;

4. *Réaffirme également* qu'il est impératif de faire respecter et de promouvoir l'état de droit au niveau international conformément aux principes consacrés par la Charte;

5. *Se félicite* du dialogue entamé par le Groupe de coordination et de conseil sur l'état de droit et le Groupe de l'état de droit du Cabinet du Secrétaire général avec les États Membres sur le thème "Promotion de l'état de droit au niveau international", et demande que ce dialogue se poursuive pour aider à faire prévaloir l'état de droit au niveau international;

6. *Insiste* sur l'importance du respect de l'état de droit au niveau national et la nécessité de renforcer les mesures d'assistance technique et de renforcement des capacités pour mieux aider les États Membres qui en font la demande à donner effet à leurs obligations internationales dans l'ordre interne;

7. *Prie de nouveau* le Secrétaire général de veiller à favoriser l'amélioration de la coordination et de la cohérence des activités des entités des Nations Unies et des relations entre celles-ci et les donateurs et les bénéficiaires, et appelle de nouveau à mieux évaluer l'efficacité de ces activités, y compris en réfléchissant aux mesures qui pourraient en améliorer l'efficacité;

8. *Demande* à cette fin que le dialogue entre toutes les parties intéressées soit renforcé de sorte que l'assistance offerte dans le domaine de l'état de droit le soit dans une perspective nationale, consolidant ainsi le processus d'appropriation nationale;

9. *Demande* au Secrétaire général et aux organismes des Nations Unies de tenir systématiquement compte, selon qu'il conviendra, des aspects relatifs à l'état de droit dans les activités pertinentes, y compris la participation des femmes aux activités liées à l'état de droit, compte tenu de l'importance que revêt l'état de droit dans pratiquement tous les domaines d'action des Nations Unies;

10. *Déclare appuyer sans réserve* le 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, avec l'appui du Groupe de l'état de droit, sous la direction du Vice-Secrétaire général;

11. *Prie* le Secrétaire général de lui présenter à la date prévue son prochain rapport annuel sur l'action des Nations Unies dans le domaine de l'état de droit, comme elle l'a demandé au paragraphe 5 de sa résolution 63/128 du 11 décembre 2008;

12. *Considère* que restaurer la confiance dans l'état de droit est un élément clef de la justice transitionnelle;

13. *Engage* le Secrétaire général et les organismes des Nations Unies à placer les activités relatives à l'état de droit parmi leurs premières priorités;

---

[3] A/67/290.

14. *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;

15. *Invite* le Groupe de coordination et de conseil sur l'état de droit et le Groupe de l'état de droit à continuer de s'entretenir périodiquement avec les États Membres, notamment dans le cadre d'échanges informels;

16. *Souligne* qu'il faut mettre à la disposition du Groupe de l'état de droit les ressources financières et humaines qui lui sont nécessaires pour s'acquitter effectivement et durablement de ses fonctions, et prie instamment le Secrétaire général et les États Membres de continuer de faire le nécessaire pour assurer le fonctionnement du Groupe;

17. *Décide* d'inscrire à l'ordre du jour provisoire de sa soixante-huitième session la question intitulée "L'état de droit aux niveaux national et international" et invite les États Membres à se prononcer, durant les débats futurs de la Sixième Commission, sur les sous-thèmes "L'état de droit et le règlement pacifique des différends internationaux" (soixante-huitième session) et "Mise en commun des pratiques nationales des États en matière de renforcement de l'état de droit par l'amélioration de l'accès à la justice" (soixante-neuvième session).

*56e séance plénière*
*14 décembre 2012*

*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-cinquième session (Vienne, 3-7 octobre 2011) (A/CN.9/736)

**[Original: anglais]**

**TABLE DES MATIÈRES**


*Paragraphes*

I. Introduction . . . . . 1-3

II. Organisation de la session . . . . . 4-10

III. Délibérations et décisions . . . . . 11

IV. Élaboration d'une norme juridique sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités . . . . . 12-135

A. Projet de règlement sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités . . . . . 13-133

1. Remarques générales sur la structure du projet de règlement sur la transparence . . . . . 13

2. Préambule. Objet du règlement sur la transparence . . . . . 14-17

3. Article premier. Champ d'application et structure du règlement . . . . . 18-40

4. Article 2. Ouverture de la procédure arbitrale . . . . . 41-53

5. Article 3. Publication de documents . . . . . 54-66

6. Article 4. Publication des sentences arbitrales . . . . . 67

7. Article 5. Observations présentées par des tiers et des États parties au traité mais non parties au litige . . . . . 68-98

8. Article 6. Audiences et publication des transcriptions des audiences . . . . 99-109

9. Article 7. Exceptions à la transparence . . . . . 110-130

10. Article 8. Lieu de conservation des informations publiées ("registre") . . 131-133

B. Applicabilité à la résolution des litiges survenant dans le cadre de traités existants 134-135


---

# I. Introduction

1. À sa quarante-troisième session (New York, 21 juin-9 juillet 2010), en ce qui concerne les travaux futurs dans le domaine du règlement des litiges commerciaux, la Commission a rappelé qu'elle avait décidé, à sa quarante et unième session

(New York, 16 juin-3 juillet 2008)[1], que la question de la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités serait examinée en priorité immédiatement après l'achèvement de la révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Elle a chargé son Groupe de travail II d'élaborer une norme juridique à ce sujet[2].

2. À sa quarante-quatrième session (Vienne, 27 juin-8 juillet 2011), la Commission a rappelé l'engagement qu'elle avait exprimé à sa quarante et unième session, soulignant combien il importait d'assurer la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités. Elle a confirmé que la question de l'applicabilité de la norme juridique sur la transparence aux traités d'investissement existants relevait du mandat du Groupe de travail et présentait un intérêt pratique considérable, compte tenu du nombre important de traités déjà conclus[3]. En outre, elle est convenue que la question de l'intervention éventuelle d'un État partie non contestant dans une procédure arbitrale devait être considérée comme relevant du mandat du Groupe de travail. Il fallait laisser au Groupe de travail le soin d'examiner plus avant la question de savoir si la norme juridique sur la transparence devrait traiter d'un tel droit d'intervention et, dans l'affirmative, quelles seraient la portée et les modalités d'une telle intervention[4].

3. On trouvera dans le document A/CN.9/WG.II/WP.165, aux paragraphes 5 à 12, un historique actualisé de l'examen par la Commission des travaux du Groupe de travail.

# II. Organisation de la session

4. Le Groupe de travail, qui se compose de tous les États membres de la Commission, a tenu sa cinquante-cinquième session à Vienne, du 3 au 7 octobre 2011. Y ont assisté les États membres suivants: Allemagne, Argentine, Australie, Autriche, Brésil, Bulgarie, Cameroun, Canada, Chili, Chine, Colombie, El Salvador, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Grèce, Inde, Israël, Italie, Japon, Maurice, Mexique, Nigéria, Norvège, Philippines, Pologne, République de Corée, République tchèque, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Singapour, Thaïlande, Turquie, Ukraine et Venezuela (République bolivarienne du).

5. Ont également assisté à la session des observateurs des États ci-après: Bélarus, Belgique, Croatie, Équateur, Finlande, Indonésie, Nouvelle-Zélande, Panama, Pays-Bas, République démocratique du Congo, République dominicaine, Roumanie, Slovaquie et Suisse.

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

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

---

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

[2] Ibid., *soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), par. 190.

[3] Ibid., *soixante-sixième session, Supplément n° 17* (A/66/17), par. 200.

[4] Ibid., par. 202.

a) *Système des Nations Unies*: Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI);

b) *Organisations intergouvernementales*: Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) et Cour permanente d'arbitrage (CPA);

c) *Organisations non gouvernementales invitées*: Association internationale du barreau, Association of the Bar of the State of New York, Association pour la promotion de l'arbitrage en Afrique (AFRICARBI), Association suédoise d'arbitrage (SAA), Association suisse de l'arbitrage (ASA), Barreau de Paris, Center for International Environmental Law (CIEL), Centre belge d'arbitrage et de médiation, Centre international d'arbitrage de la Chambre économique fédérale d'Autriche, Club d'arbitres de la Chambre d'arbitrage de Milan, Comité français de l'arbitrage (CFA), Commission chinoise d'arbitrage de l'économie et du commerce international (CIETAC), Conseil des Barreaux européens (CCBE), Construction Industry Arbitration Council (CIAC), Corporate Counsel International Arbitration Group (CCIAG), Cour d'arbitrage de Madrid, Cour internationale d'arbitrage, Fédération interaméricaine des avocats (FIA), Forum for International Conciliation and Arbitration C.I.C. (FICACIC), Hong Kong International Arbitration Center (HKIAC), Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, Institut international du développement durable (IIDD), Institut international pour l'arbitrage (IAI), International Insolvency Institute (III), Moot Alumni Association (MAA) du Concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis, Pakistan Business Council (PBC), Tehran Regional Arbitration Centre (TRAC) et Union internationale des avocats (UIA).

8. Le Groupe de travail a élu le Bureau ci-après:

*Président*: M. Salim Moollan (Maurice)

*Rapporteur*: M. Markus Maurer (Allemagne)

9. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants: a) ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.II/WP.165); b) note du Secrétariat concernant l'élaboration d'une norme juridique sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités (A/CN.9/WG.II/WP.166 et son additif); c) note du Secrétariat reproduisant les commentaires du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) (A/CN.9/WG.II/WP.167).

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. Élaboration d'une norme juridique sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités.
5. Questions diverses.
6. Adoption du rapport.

# III. Délibérations et décisions

11. 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.166 et son additif; et A/CN.9/WG.II/WP.167). Il est rendu compte de ses délibérations et décisions sur ce point au chapitre IV. Le Secrétariat a été prié de préparer un projet de version révisée du règlement sur la transparence sur la base des délibérations et des décisions du Groupe de travail.

# IV. Élaboration d'une norme juridique sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités

12. Le Groupe de travail a repris ses travaux sur l'élaboration d'une norme juridique sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités, sur la base des documents A/CN.9/WG.II/WP.166 et A/CN.9/WG.II/WP.166/Add.1 et de l'avant-projet de règlement sur la transparence qui y figure.

## A. Projet de règlement sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités

### 1. Remarques générales sur la structure du projet de règlement sur la transparence

13. Le Groupe de travail a rappelé sa décision selon laquelle la norme juridique sur la transparence prendrait la forme de règles et non de principes directeurs (A/CN.9/717, par. 26 et 58). Avant de commencer sa première lecture du projet de règlement sur la transparence, le Groupe de travail a entendu un exposé sur la structure de celui-ci (voir également ci-dessous, par. 38). Le paragraphe 1 de l'article premier traitait du champ d'application du règlement et, en particulier, de la façon dont le consentement des États parties à un traité d'investissement serait exprimé de sorte que le règlement sur la transparence s'applique au règlement d'un litige entre un investisseur et un État conformément à ce traité. L'article 1-2 avait pour objet de préciser que lorsque le projet de règlement sur la transparence laissait un pouvoir d'appréciation au tribunal arbitral, ce dernier l'exerçait en tenant compte à la fois de l'intérêt légitime que le public portait à la transparence dans le domaine de l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités et dans les procédures arbitrales et de celui qu'avaient les parties à l'arbitrage à ce que leur litige soit réglé efficacement. Les articles 2 à 6 traitaient de questions de fond relatives à la transparence. L'article 7 traitait des exceptions à la transparence, qui se limitaient à la protection des informations confidentielles et sensibles et de l'intégrité du processus arbitral. L'article 8 était destiné à déterminer qui serait chargé de mettre les informations à la disposition du public.

### 2. Préambule. Objet du règlement sur la transparence

14. Le Groupe de travail a rappelé que le préambule du règlement sur la transparence figurant au paragraphe 8 du document A/CN.9/WG.II/WP.166 reflétait

une suggestion faite au sein du Groupe de travail selon laquelle l'objet des règles sur la transparence devrait être exprimé dans une introduction à l'instrument (A/CN.9/717, par. 112). Le préambule traitait de l'équilibre que le règlement cherchait à réaliser en ménageant à la fois la possibilité réelle pour le public de participer à ces arbitrages et la recherche par les parties d'un règlement équitable et efficace de leur litige. Certains avis ont été exprimés contre l'insertion d'un préambule dans le règlement sur la transparence, indiquant qu'un préambule serait assez inhabituel pour ce type d'instrument et que sa force obligatoire serait incertaine. Il a été suggéré d'inclure plutôt l'essence du préambule dans la décision de la Commission portant adoption du règlement ainsi que dans le texte de la résolution de l'Assemblée générale recommandant son utilisation. Il a également été noté qu'une disposition similaire ménageant à la fois les objectifs de transparence et de règlement efficace figurait déjà au paragraphe 2 de l'article premier. Il a été suggéré que cette disposition remplace le préambule.

15. S'agissant du libellé, il a été proposé qu'à la première phrase du préambule, le mot "rapidement" figurant avant les mots "et efficacement" soit remplacé par le mot "équitablement", par souci de cohérence avec l'article 17-1 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI révisé en 2010 (Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 2010) (voir également ci-dessous, par. 39).

16. Il a été dit qu'il serait peut-être préférable de reporter la décision sur la nécessité éventuelle d'un préambule après l'examen du contenu des règles sur la transparence.

17. Après discussion, le Groupe de travail est convenu d'examiner cette question plus avant lors d'une prochaine session.

### 3. Article premier. Champ d'application et structure du règlement

#### a) Article 1-1. Champ d'application

*Acceptation expresse ou exclusion expresse*

18. Le Groupe de travail a examiné l'article 1-1 du projet de règlement figurant au paragraphe 10 du document A/CN.9/WG.II/WP.166. Cet article régissant le champ d'application du règlement sur la transparence comportait deux options et des variantes. Le Groupe de travail est convenu qu'il serait bon d'examiner l'article pour déterminer les opinions des États membres en ce qui concerne le champ d'application du règlement sur la transparence. Il a été généralement admis qu'aucune décision ne pourrait être prise à ce stade et que la question devrait être examinée plus avant lors de prochaines sessions du Groupe de travail.

19. L'avis a été exprimé qu'on pouvait considérer différents aspects du champ d'application du règlement. Il a été dit qu'il convenait d'établir une distinction entre le champ d'application matériel – le règlement sur la transparence s'appliquerait-il uniquement aux arbitrages engagés conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI ou également aux arbitrages engagés en vertu d'autres règlements si les parties en décident ainsi – et le champ d'application temporel – le règlement sur la transparence s'appliquerait-il uniquement aux arbitrages régis par les traités d'investissement conclus après la date de l'entrée en vigueur du règlement ou également à ceux régis par les traités conclus avant cette date.

*Exclusion expresse et application matérielle*

20. Une des options, la "clause d'exclusion expresse", prévoyait que "le Règlement sur la transparence s'applique à tout arbitrage engagé conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI en vertu d'un traité prévoyant la protection des investissements ("le traité") [qui est entré en vigueur] après [date d'adoption du Règlement sur la transparence], à moins que le traité dispose qu'il ne s'applique pas". Dans ce cas, le règlement sur la transparence s'appliquerait en tant que complément du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI dans le cadre de traités d'investissement prévoyant expressément que les arbitrages sont régis par le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, à moins que les États n'en disposent autrement dans le traité d'investissement en décidant expressément de l'exclure. Le consentement à appliquer le règlement sur la transparence serait exprimé si, dans les traités d'investissement, les parties mentionnaient le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, étant entendu que celui-ci incluait le règlement sur la transparence. L'application du règlement sur la transparence serait alors considérée comme la norme, les parties conservant la capacité d'en exclure expressément l'application.

21. On a indiqué que cette option ne pourrait s'appliquer qu'aux arbitrages engagés conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI et non aux arbitrages régis par d'autres règlements d'arbitrage internationaux. On a souligné que si le règlement sur la transparence ne s'appliquait qu'aux arbitrages engagés conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, cela permettrait à un investisseur de choisir une procédure régie par un règlement d'arbitrage ne contenant aucune disposition sur la transparence. On s'est demandé si cet effet serait souhaitable. On a fait observer que l'exclusion expresse n'était pas incompatible, par principe, avec l'application du règlement sur la transparence aux arbitrages engagés en vertu d'autres règlements d'arbitrage internationaux, étant donné que les parties à un traité d'investissement pourraient également convenir de les appliquer à ces autres types d'arbitrage.

*Exclusion expresse et application temporelle – "[qui est entré en vigueur]"*

22. Les délégations appuyant l'option 1 ont exprimé différents points de vue sur la question de la conservation de l'expression "qui est entré en vigueur", placée entre crochets dans la première option.

23. Si l'expression "qui est entré en vigueur" était conservée, le règlement sur la transparence s'appliquerait, sans effet rétroactif, aux traités d'investissement conclus après la date de son adoption. À l'appui de cette option, il a été dit que les États parties au traité d'investissement sauraient que l'application du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI entraînerait l'application du règlement sur la transparence pour les traités d'investissement conclus après la date d'adoption du règlement sur la transparence. Pour les traités d'investissement conclus avant cette date, des solutions telles que celles décrites aux paragraphes 15 à 23 du document A/CN.9/WG.II/WP.166/Add.1 devraient être examinées plus avant.

24. Si l'expression "qui est entré en vigueur" était supprimée, le règlement sur la transparence pourrait s'appliquer à tout arbitrage engagé conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI après la date d'adoption dudit règlement, même si le traité était entré en vigueur avant cette date (sous réserve que ce dernier ne mentionne pas expressément l'application d'une version antérieure du Règlement

d'arbitrage de la CNUDCI). Les délégations appuyant l'application du règlement sur la transparence aux traités d'investissement conclus avant la date de l'adoption du règlement ont souligné que certains traités pouvaient être interprétés comme permettant cette application. Par exemple, ce serait le cas des traités d'investissement qui mentionnaient l'application du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI et qui étaient en vigueur à l'ouverture de la procédure. Il a été indiqué qu'en vertu de cette option, dans certains cas, si les États parties à un traité existant ne voulaient pas que le règlement sur la transparence s'applique, ils devraient amender ou modifier leur traité d'investissement à cet effet.

*Acceptation expresse, applications matérielle et temporelle*

25. Dans le cas de la deuxième option ("acceptation expresse"), les États seraient expressément tenus d'adopter le règlement sur la transparence pour que celui-ci s'applique. Deux variantes ont été soumises à l'examen du Groupe de travail: la première disposait que le règlement sur la transparence s'appliquerait à toute procédure quel que soit le règlement d'arbitrage, et la deuxième limitait l'application du règlement sur la transparence aux procédures régies par le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Dans les deux cas, le consentement des États à l'application du règlement sur la transparence pourrait être donné pour un arbitrage engagé en vertu d'un traité d'investissement conclu avant ou après la date d'adoption du règlement sur la transparence. Le règlement sur la transparence fonctionnerait alors comme un texte autonome.

26. Une majorité de délégations a dit préférer l'option 2 parce qu'elles étaient en faveur de l'adoption expresse du règlement sur la transparence par les États et que cette solution garantissait que les États avaient pris sciemment la décision d'appliquer le règlement.

27. En ce qui concerne la première variante de l'option 2, il a été dit qu'il pourrait être plus simple de limiter l'application du règlement sur la transparence aux arbitrages régis par le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, étant donné que l'application du règlement sur la transparence avec d'autres règlements d'arbitrage pourrait provoquer des incertitudes et difficultés juridiques.

28. Les institutions d'arbitrage ont été invitées à formuler des commentaires sur la question de savoir s'il était possible d'envisager l'application du règlement sur la transparence aux arbitrages menés en vertu de leurs propres règlements. Le CIRDI, l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, la Cour internationale d'arbitrage et la Cour permanente d'arbitrage de La Haye ont confirmé qu'en principe l'application du règlement sur la transparence avec leurs règlements institutionnels ne devrait pas poser problème. Toutes les institutions ont dit souhaiter être associées aux travaux afin de déterminer comment dans la pratique appliquer le règlement sur la transparence aux procédures d'arbitrages régies par leurs règlements d'arbitrage. Le CIRDI a en outre indiqué au Groupe de travail qu'il avait déjà une expérience de l'application d'une norme plus large de transparence dans le contexte des arbitrages du CIRDI en vertu du Traité de libre-échange entre les États-Unis, les pays d'Amérique centrale et la République dominicaine ("CAFTA-DR"). L'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm a expliqué que le règlement de la Chambre de commerce s'appliquait aux procédures d'arbitrage touchant le commerce et les investissements et que même si ce

règlement faisait référence au principe de confidentialité, les parties pouvaient s'en écarter si elles en décidaient ainsi.

29. Ayant entendu les commentaires des institutions d'arbitrage, plusieurs délégations ont estimé que la première variante de l'option 2 pourrait être une solution réaliste permettant une application plus large du règlement sur la transparence, qui était estimé conforme au mandat confié par la Commission au Groupe de travail.

30. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a noté qu'une majorité de délégations exprimaient une préférence pour l'option 2, étant entendu que les deux variantes seraient examinées à une de ses prochaines sessions. Quelques délégations ont dit appuyer l'option 1, leurs avis divergeant quant à savoir si l'article 1-1 devrait traiter de la question de l'application du règlement sur la transparence aux traités d'investissement existants ou si cette question devrait être réglée par d'autres moyens. On a proposé que l'option 1, circonscrite au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, soit limitée aux futurs traités d'investissement et associée à la variante 1 de l'option 2, qui couvrait toutes les autres situations (à savoir l'application aux traités existants, quels que soient les règlements d'arbitrage choisis par les parties). Le Groupe de travail est convenu de continuer d'examiner les deux options et leurs deux variantes à une session future du Groupe de travail. Il a prié le Secrétariat de fournir une analyse des questions que pourrait poser l'application du règlement sur la transparence aux arbitrages régis par le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976 et la version révisée de 2010, s'agissant des diverses options envisagées à l'article premier ainsi que des autres dispositions de fond du règlement sur la transparence.

*Relation entre le règlement sur la transparence et toute disposition en matière de transparence figurant dans le traité d'investissement*

31. Le Groupe de travail a examiné la relation entre le règlement sur la transparence et toute disposition en matière de transparence figurant dans un traité d'investissement servant de cadre à l'arbitrage. À cet égard, il a été proposé d'inclure dans le règlement sur la transparence un libellé précisant que celui-ci ne l'emporterait pas sur une disposition du traité d'investissement concerné qui exigeait un niveau de transparence plus élevé. Le Groupe de travail a estimé que ce principe était acceptable et a prié le Secrétariat de rédiger une disposition allant dans le sens de cette proposition pour qu'il puisse l'examiner lors d'une prochaine session.

*Application du règlement sur la transparence par les parties au litige*

32. Le Groupe de travail s'est ensuite demandé si l'article premier devrait renfermer une disposition concernant l'application du règlement sur la transparence par les parties au litige afin de tenir compte des discussions tenues à sa cinquante-quatrième session (A/CN.9/717, par. 47 à 55). Une telle disposition aurait pour objet de préciser qu'une fois que les États parties au traité d'investissement étaient convenus que le règlement sur la transparence s'appliquerait conformément au paragraphe 1 de l'article premier, les parties au litige ne seraient pas autorisées à en exclure l'application ou à y déroger.

33. Un large soutien été exprimé en faveur de la proposition selon laquelle il ne faudrait prévoir aucune disposition autorisant les parties au litige à modifier l'offre d'arbitrage transparent, au motif qu'il ne serait pas judicieux que les parties au litige reviennent sur une décision prise en la matière. En outre, la norme juridique sur la transparence visait à servir non seulement l'investisseur et l'État d'accueil, mais aussi le public en général, si bien qu'il n'appartenait pas aux parties au litige de renoncer aux dispositions relatives à la transparence adoptées par les États.

34. Le Groupe de travail a ensuite examiné la proposition de texte de cette disposition figurant dans le paragraphe 21 du document A/CN.9/WG.II/WP.166. Il a été dit que le libellé "Le Règlement sur la transparence vise à conférer des droits et des avantages au public" devrait être soit développé, soit supprimé. Il pourrait être remplacé par un libellé formulé comme suit: "Le Règlement sur la transparence est adopté dans l'intérêt du public (...)." Un soutien a été exprimé en faveur de la suppression de ce membre de phrase jugé trop descriptif et inutile.

35. Il a également été proposé de supprimer les mots "durant l'arbitrage", car cette disposition devait bien préciser que les parties au litige n'étaient pas autorisées à exclure expressément le règlement, ni à y déroger à quelque moment que ce soit, avant ou pendant la procédure arbitrale.

36. Selon l'avis qui a prévalu, il fallait retenir la proposition mentionnée au paragraphe 21 du document A/CN.9/WG.II/WP.166, compte tenu des modifications de forme nécessaires, et le Groupe de travail est convenu que cette question serait examinée plus avant lors d'une future session. Quelques délégations étaient de l'avis que, conformément au principe d'autonomie des parties, les parties au différend devraient être en mesure de décider de ne pas appliquer le règlement sur la transparence.

*"un traité prévoyant la protection des investissements"*

37. Le Groupe de travail est convenu que l'expression "un traité prévoyant la protection des investissements" utilisée dans l'article 1-1 devrait être précisée afin d'en délimiter le champ d'application. Il a été dit qu'une telle notion, en vertu du règlement, renvoyait à une question importante, car elle représentait le point d'accès pour appliquer le règlement sur la transparence. Il a été convenu que cette notion devrait être comprise au sens large, c'est-à-dire comme englobant les accords de libre-échange ainsi que les traités bilatéraux et multilatéraux d'investissement, pour autant qu'ils contiennent des dispositions sur la protection d'un investisseur ou d'un investissement et le droit de recourir à l'arbitrage entre investisseurs et États. En outre, il a été dit que de nombreux traités d'investissement prévoyaient le règlement des litiges entre les États parties contractants et entre l'investisseur et un État. Dans ce contexte, on a fait observer qu'il fallait préciser que le règlement sur la transparence s'appliquerait uniquement au règlement des litiges concernant la protection des investissements et des investisseurs et non aux litiges entre États dans le cadre du traité. Le Groupe de travail a demandé au Secrétariat de prévoir dans la version révisée du règlement un libellé précisant ce point.

**b) Article premier, paragraphe 2. Structure du règlement sur la transparence**

38. Le Groupe de travail a examiné l'article 1-2 du règlement qui figure au paragraphe 10 du document A/CN.9/WG.II/WP.166. On a été noté que le

paragraphe 2 de l'article premier traitait de la structure du règlement sur la transparence (voir également ci-dessus, par. 13). Ce paragraphe indiquait que chacune des règles de fond énoncées aux articles 2 à 6 étaient soumises aux exceptions limitées prévues à l'article 7. Il reflétait également l'avis exprimé au sein du Groupe de travail selon lequel, s'il fallait concilier l'intérêt légitime que le public portait à la transparence dans le domaine de l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités et l'intérêt légitime des parties à l'arbitrage de voir leur litige réglé rapidement et efficacement, les exceptions de l'article 7 devraient être appliquées strictement et constituer les seules limites aux règles sur la transparence prévues aux articles 2 à 6 (A/CN.9/717, par. 129 à 143).

39. Le principe énoncé au paragraphe 2 de l'article premier a suscité un vaste soutien. Quelques propositions d'ordre rédactionnel ont été formulées. Pour aligner le libellé sur le paragraphe 1 de l'article 17 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 2010, il a été proposé de remplacer le mot "rapidement", qui apparaissait dans la dernière phrase du paragraphe 2 de l'article premier, par le mot "équitable" (voir également ci-dessus, par. 15). Par ailleurs, il a été proposé de supprimer les deux premières phrases du paragraphe, jugées trop descriptives et qui faisaient double emploi avec le paragraphe 1 de l'article 7. On a noté que des questions relatives aux droits de l'homme pourraient relever du paragraphe 2 i). En outre, il a été proposé, sur le plan rédactionnel, de préciser que deux questions concernant l'intérêt du public étaient énoncées au paragraphe 2 i): l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités en général et la procédure arbitrale proprement dite.

40. À l'issue du débat, le Groupe de travail est convenu que le paragraphe 2 devrait être reformulé compte tenu des propositions figurant dans le paragraphe 39 ci-dessus, afin qu'il puisse l'examiner lors d'une future session.

### 4. Article 2. Ouverture de la procédure arbitrale

41. Dans le cadre de l'examen des dispositions de fond relatives à la transparence visées aux articles 2 à 6 du règlement sur la transparence, il a été rappelé au Groupe de travail qu'il avait pour mandat d'élaborer une norme juridique sur la transparence qui tiendrait compte des meilleures pratiques en la matière dans le contexte de l'arbitrage entre investisseurs et États. À sa cinquante-quatrième session, le Groupe de travail était convenu de passer à la définition du contenu des normes les plus exigeantes en matière de transparence, en partant du principe que la norme juridique sur la transparence serait élaborée sous la forme de règles. Ce faisant, il était entendu que les délégations qui avaient initialement proposé que la norme juridique sur la transparence prenne la forme de lignes directrices avaient accepté qu'un projet de règlement soit élaboré à la condition qu'il ne s'applique que lorsqu'il serait expressément mentionné (clause d'acceptation expresse). Il a été indiqué qu'il serait peut-être nécessaire de revoir le contenu du règlement sur la transparence, et éventuellement de le restreindre, si le Groupe de travail optait par la suite pour l'exclusion expresse (A/CN.9/717, par. 26 et 58).

42. Le Groupe de travail est ensuite passé à l'examen de l'article 2, relatif à la publication d'informations lors de l'ouverture de la procédure arbitrale, qui figurait au paragraphe 24 du document A/CN.9/WG.II/WP.166. Cet article présentait différents libellés de manière à refléter les différents points de vue exprimés à la cinquante-quatrième session (A/CN.9/717, par. 60 à 74). L'option 1 prévoyait la

publication de certaines informations une fois la procédure arbitrale ouverte mais non la publication de la notification d'arbitrage, laquelle serait traitée à l'article 3 du règlement sur la transparence, après la constitution du tribunal arbitral. L'option 2, qui prévoyait la publication de la notification d'arbitrage à l'ouverture de la procédure arbitrale, avant la constitution du tribunal arbitral, comportait deux variantes.

*Publication d'informations à caractère général*

43. De l'avis général du Groupe de travail, certaines informations devraient être publiées avant la constitution du tribunal arbitral, pour permettre au public en général d'être informé de l'ouverture de la procédure. Le Groupe de travail est convenu que l'article 2 devrait prévoir, à tout le moins, la publication du nom des parties et d'une indication générale du domaine d'activité concerné avant la constitution du tribunal arbitral. Il a été dit que cette proposition prévoyait une procédure qui était conforme à celle actuellement suivie au CIRDI (voir A/CN.9/WG.II/WP.167, par. 5 à 7), et qui, de ce fait, était déjà connue de nombreux États. Il a été décidé de mentionner à l'article 2 le traité d'investissement en vertu duquel le tribunal était saisi, car il s'agissait d'une question de fait qui ne devrait pas prêter à débat. Le Groupe de travail est convenu que les nationalités des parties ainsi qu'une brève description du litige, qui figurent dans l'option 1 de l'article 2, ne devraient pas être rendues publiques au début de la procédure, car ces informations pouvaient être controversées.

*Moyens de publication*

44. S'agissant des moyens de publication, une préférence a été exprimée en faveur de la publication via un lieu de conservation des informations publiées ("registre"), car l'intervention d'une institution neutre assurant la publication, notamment à ce stade de la procédure, a été jugée préférable. Le Groupe de travail est convenu que toute partie, et non juste le défendeur, devrait être habilitée à communiquer la notification d'arbitrage au registre, qui pourrait en extraire les informations pertinentes visées au paragraphe 43 ci-dessus, aux fins de publication.

45. On s'est demandé si la publication d'informations à ce stade devrait être obligatoire et, dans l'affirmative, si le non-respect de l'obligation qu'avaient les parties de communiquer des informations au registre devrait être passible de sanctions. Il a été dit que la question des sanctions était difficile à traiter dans un instrument de la nature d'un règlement.

46. Le Secrétariat a été prié de proposer une nouvelle version de l'option 1 de l'article 2, sur la base de l'examen dont il était rendu compte dans les paragraphes 43 et 44 ci-dessus.

*Publication de la notification d'arbitrage (et de la réponse y afférente)*

47. Le Groupe de travail a ensuite porté son attention sur la question de savoir si, outre la publication des informations à caractère général mentionnées dans le paragraphe 43 ci-dessus, la notification d'arbitrage devrait également être rendue publique avant la constitution du tribunal arbitral comme il était prévu dans l'option 2.

48. Les délégations qui ont appuyé la publication de la notification d'arbitrage avant la constitution du tribunal arbitral ont estimé que la publication rapide de la notification d'arbitrage permettrait au public en général non seulement d'être informé de l'ouverture de la procédure mais aussi d'exprimer son opinion au début de cette dernière. Il a été dit que la publication rapide de la notification d'arbitrage était le meilleur moyen de promouvoir la transparence et que cette publication permettrait de protéger des informations sensibles et confidentielles, comme il était proposé dans la variante 1 de l'option 2.

49. Toutefois, des réserves ont été exprimées au sujet de la publication de la notification d'arbitrage avant la constitution du tribunal arbitral. On a estimé que le fait que les informations devraient être "rapidement" communiquées, comme il était proposé dans la variante 1 de l'option 2, devrait être précisé. Il a été dit que tous les États n'étaient pas nécessairement préparés pour assurer la publication de la notification d'arbitrage dans les délais voulus et que l'État défendeur aurait besoin de temps pour organiser sa défense et préparer sa réponse à la notification d'arbitrage. Il a été rappelé qu'en vertu du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, le tribunal arbitral pouvait être désigné dans un délai de deux à trois mois à compter de la date de la notification d'arbitrage. En outre, il a été dit que, après que la notification d'arbitrage avait été adressée et avant qu'il y soit répondu, il existait des possibilités de régler le litige qui seraient compromises une fois que la position des parties, telle qu'exprimée dans la notification et la réponse, serait publiée.

50. Des questions ont été soulevées sur la manière dont la publication serait effectuée et sur les coûts qui y seraient associés, comme les coûts liés à la gestion d'un site Web sécurisé et à la suppression des informations confidentielles et sensibles dans la notification d'arbitrage et éventuellement la réponse à cette dernière. Il a également été dit que la publication de la notification d'arbitrage s'inscrivait mieux dans le cadre de l'article 3 relatif à la publication de documents, car il a été dit que le tribunal arbitral serait le mieux placé pour veiller à la question des informations confidentielles et sensibles pouvant figurer dans la notification d'arbitrage et que le filtrage de cette notification outrepasserait le rôle d'un registre.

51. Les délégations favorables à la publication de la notification d'arbitrage avant la constitution du tribunal arbitral ont répondu que les dépenses afférentes à cette publication devaient être mises en balance avec les avantages liés à la transparence et à l'obligation de rendre compte qui devaient l'emporter. On a fait valoir que la publication de la notification d'arbitrage n'entraînerait pas de dépenses pour le registre, étant entendu qu'il incombait aux parties de fournir une version expurgée de la notification. Il a en outre été dit que l'expérience montrait que la publication de la notification d'arbitrage à un stade précoce de la procédure ne faisait pas obstacle à un règlement amiable du litige. Pour apaiser les préoccupations concernant d'éventuels litiges entre les parties au sujet des informations à supprimer, il a été proposé que le tribunal arbitral, une fois constitué, soit habilité à statuer sur tout litige de cet ordre et que la question soit clarifiée dans l'option 2.

52. La proposition selon laquelle, si la notification d'arbitrage était publiée, la réponse y afférente devrait l'être aussi, a bénéficié d'un soutien. Afin de garantir l'équité, on a estimé que les détails du litige figurant dans la notification ne devraient être rendus publics que lorsque l'État défendeur aurait eu la possibilité de présenter sa propre position en réponse à la notification.

53. À l'issue du débat, l'avis qui a prévalu n'était pas favorable à la publication de la notification d'arbitrage avant la constitution du tribunal arbitral, alors qu'une minorité appuyait la publication rapide de la notification d'arbitrage. Le Secrétariat a été prié de proposer une version révisée de la variante 1 de l'option 2, en tenant compte des vues échangées.

### 5. Article 3. Publication de documents

54. Le Groupe de travail a rappelé la discussion qu'il avait tenue à sa cinquante-troisième session, au cours de laquelle différents avis avaient été exprimés quant à savoir si des documents devraient être publiés et dans l'affirmative lesquels (A/CN.9/712, par. 40 à 42). À la cinquante-quatrième session du Groupe de travail, différentes approches s'étaient dégagées de l'examen de la question (A/CN.9/717, par. 87 à 92). Ces approches étaient reflétées à l'article 3 figurant au paragraphe 32 du document A/CN.9/WG.II/WP.166.

*Option 1. Publication de tous les documents*

55. Selon l'option 1, tous les documents soumis au tribunal arbitral ou délivrés par ce dernier étaient publiés, sous réserve de l'article 7. Si certains documents ne pouvaient être publiés, les tiers devaient avoir le droit d'accéder aux informations. Cette option n'a pas été appuyée.

*Option 2. Publication des documents laissée à l'appréciation du tribunal arbitral*

56. Dans l'option 2, il revenait au tribunal arbitral de décider quels documents devaient être publiés, à moins que les parties au litige ne s'opposent à la publication. Il a été rappelé aux quelques délégations exprimant une préférence pour l'option 2 que celle-ci, en donnant aux parties un droit de véto, serait encore plus stricte que les versions 1976 et 2010 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI et ne favoriserait donc pas la transparence. Il a été dit en outre que décider des documents à publier constituerait pour le tribunal arbitral une lourde tâche qui pourrait nuire à l'efficacité de la procédure arbitrale. Cette option a recueilli peu de soutien.

*Option 3. Liste des documents à publier*

57. Dans la troisième option, la disposition sur la publication des documents contenait un premier paragraphe énumérant les documents qui seraient mis à la disposition du public, automatiquement ou sur décision du tribunal arbitral. Le paragraphe 2 conférait au tribunal le pouvoir d'ordonner la publication de tout document qui lui était soumis ou qu'il délivrait. Le paragraphe 3 permettait aux tiers de demander l'accès à tout document soumis au tribunal arbitral ou délivré par celui-ci et lui conférait le pouvoir d'accorder ou non cet accès.

58. L'option 3 a été fortement appuyée. La structure de la disposition a été jugée claire, en ce qu'elle indiquait dans un premier paragraphe les documents qui seraient mis à la disposition du public; prévoyait ensuite dans un deuxième paragraphe la possibilité pour le tribunal arbitral de décider de la publication de documents supplémentaires; et permettait enfin au dernier paragraphe d'englober tout autre document non visé aux deux premiers paragraphes qui pourrait être demandé par des tiers. On a estimé que cette proposition réalisait un juste équilibre

entre les nécessités de publication et l'exercice par le tribunal arbitral de son pouvoir discrétionnaire de gestion de la procédure.

*Paragraphe 1*

59. Des avis divergents ont été exprimés concernant les documents à énumérer au paragraphe 1. Certaines délégations estimaient qu'il serait bon de publier l'ensemble des documents de procédure, les paragraphes 2 et 3 pouvant alors être omis, et d'autres estimaient que cette liste devrait rester restreinte, permettant au tribunal arbitral d'exercer son pouvoir discrétionnaire d'ordonner la publication des documents supplémentaires visés aux paragraphes 2 et 3. Les partisans de la publication automatique d'une liste exhaustive de documents ont proposé d'ajouter aux documents déjà énumérés au paragraphe 1 la réponse à la notification d'arbitrage, les conclusions des experts nommés par le tribunal arbitral et toutes les décisions de ce dernier.

60. Concernant les documents énumérés au paragraphe 1, divers avis ont été exprimés quant à savoir si les pièces afférentes, qui pouvaient être des documents volumineux, devraient être comprises dans la liste du paragraphe 1. On a proposé que la liste inclue une table des matières des pièces afférentes qui ne serait d'ordinaire pas produite, afin que les parties aient connaissance des documents qui seraient produits au cours de la procédure. Il a également été dit que la notion de "conclusions" d'une partie était très vague. Il a été suggéré d'ajouter le mot "écrites" après les mots "conclusions" et "ordonnances" au paragraphe 1.

61. Il a été dit en outre que les documents énumérés renvoyaient à des termes juridiques pouvant être compris de diverses manières. En réponse à cette préoccupation, il a été suggéré d'aligner la formulation du paragraphe 1 sur la terminologie du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 2010: notification d'arbitrage, réponse à la notification d'arbitrage, mémoire en demande, mémoire en défense, rapports d'experts, conclusions écrites d'États parties non contestants et autres pièces écrites.

62. On a fermement appuyé l'idée selon laquelle les documents énumérés au paragraphe 1 devraient être publiés automatiquement sans que le tribunal arbitral n'exerce son pouvoir discrétionnaire.

*Paragraphes 2 et 3*

63. Étant donné que les paragraphes 2 et 3 permettaient au tribunal arbitral d'exercer son pouvoir discrétionnaire en ordonnant la publication de documents supplémentaires, il a été proposé d'ajouter au paragraphe 2 les mots "exerçant son pouvoir discrétionnaire", pour reprendre la terminologie de l'article 1-2.

64. Un large appui a été exprimé en faveur de l'idée de conserver dans les deux paragraphes les passages entre crochets disposant que le tribunal arbitral devait consulter les parties.

*Version révisée de l'option 3*

65. À l'issue de la discussion, une préférence s'est dessinée en faveur de l'option 3 en tant que base de la poursuite des débats sur la question de la publication des documents à une prochaine session. Le Groupe de travail a prié le

Secrétariat de produire une nouvelle version révisée de l'option 3. Le chapeau du paragraphe 1 se lirait à peu près comme suit: "1. Sous réserve des exceptions expressément prévues à l'article 7, les documents suivants seront mis à la disposition du public:". La liste des documents comporterait alors un certain nombre de catégories: i) la notification d'arbitrage et la réponse à celle-ci, ii) les mémoires, iii) les déclarations de témoins et rapports d'experts, iv) les pièces afférentes, v) les observations des tiers et des États parties au traité mais non parties au litige, et vi) les décisions et ordonnances du tribunal arbitral. Il a été indiqué qu'il conviendrait d'examiner plus avant la liste des documents qui seraient mis à la disposition du public en vertu du paragraphe 1 ainsi que la question du moment de la publication. Le Secrétariat a été prié d'établir une liste de documents qui seraient inclus dans ces catégories, en se fondant sur une terminologie précise et en particulier sur celle du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Les paragraphes 2 et 3 se liraient à peu près comme suit: "2. Sous réserve des exceptions expressément prévues à l'article 7, le tribunal arbitral, exerçant son pouvoir discrétionnaire, peut ordonner en consultation avec les parties au litige la publication de tout document qui lui est soumis ou qu'il délivre. 3. Sous réserve des exceptions expressément prévues à l'article 7, les tiers peuvent demander l'accès à tout document soumis au tribunal arbitral ou délivré par celui-ci et le tribunal décide s'il octroie ou non cet accès après consultation des parties au litige."

*Forme et moyens de communication*

66. Le Groupe de travail a ensuite examiné les deux options concernant la forme et les moyens de publication, présentées au paragraphe 32 du document A/CN.9/WG.II/WP.166. Une préférence a été exprimée pour l'option 1, qui prévoyait que les documents à publier devaient être communiqués par le tribunal arbitral au registre. Le Groupe de travail est convenu d'examiner la question du moment de la publication lorsqu'il se pencherait sur l'article 7.

### 6. Article 4. Publication des sentences arbitrales

67. Le Groupe de travail a examiné l'article 4, figurant au paragraphe 41 du document A/CN.9/WG.II/WP.166. Un large appui a été exprimé en faveur du paragraphe 1, disposant que les sentences sont rendues publiques sous réserve de l'article 7. Le paragraphe 2 contenait deux options traitant de la forme et des moyens de communication. Compte tenu de la décision prise lors de l'examen de l'article 3 (voir ci-dessus, par. 66) concernant la forme et les moyens de publication, le Groupe de travail est convenu que l'option 1 était préférable.

### 7. Article 5. Observations présentées par des tiers et des États parties au traité mais non parties au litige

#### a) Article 5, paragraphes 1 à 5. Observations présentées par des tiers

68. Le Groupe de travail a examiné l'article 5 figurant au paragraphe 43 du document A/CN.9/WG.II/WP.166. Il a été précisé que l'examen des paragraphes 1 à 5 de cet article porterait sur les observations présentées par des tiers et non sur celles des États parties au traité mais non parties au litige, question qui serait traitée séparément (voir ci-dessous, par. 78 à 98).

*Option 1*

69. L'option 1 se fondait sur une disposition de certains traités d'investissement, posant le principe que les observations de tiers devraient être autorisées, sans préciser les modalités. Un avis a été exprimé en faveur de cette option au motif qu'une telle disposition reflétait l'évolution de la pratique et que les tribunaux arbitraux sauraient habituellement comment traiter les observations présentées par des tiers sans qu'il soit nécessaire de leur fournir des orientations spécifiques. Toutefois, on s'est dit préoccupé par le fait que de nombreux États pourraient ne pas avoir l'habitude des observations présentées par des tiers dans le contexte d'une procédure arbitrale, et on a largement estimé que le règlement devrait comporter davantage d'orientations sur la question.

*Option 2*

70. Le Groupe de travail est convenu de poursuivre ses discussions sur la base de l'option 2, qui semblait répondre à ce souci de fournir des orientations concernant les observations présentées par des tiers. Cette option reprenait la proposition de rédiger une disposition qui s'inspirerait de l'article 37-2 du Règlement d'arbitrage du CIRDI et serait complétée par des éléments traités au paragraphe B.2 de la "Déclaration de la Commission du libre-échange de l'ALENA sur la participation d'une tierce partie du 7 octobre 2004" (A/CN.9/717, par. 121). Elle prévoyait des règles détaillées sur les informations à fournir concernant le tiers qui souhaite présenter des observations (par. 2); les questions devant être examinées par le tribunal (par. 3 et 5); et les observations elles-mêmes (par. 4).

*"*Amicus curiae*" – "tiers"*

71. On s'est demandé s'il fallait utiliser le terme "*amicus curiae*". Il a été dit que cette notion était bien connue dans certains systèmes juridiques, où elle était utilisée dans le contexte des procédures judiciaires. On a indiqué que la participation d'*amicus curiae* à la procédure arbitrale était plus récente. Afin d'élaborer un règlement qui soit compris de la même manière dans tous les systèmes juridiques, il a été recommandé d'éviter toute référence au terme "*amicus curiae*" et d'utiliser plutôt des expressions telles que "observations présentées par des tiers", "participation de tiers" ou des expressions équivalentes. Cette proposition a été appuyée.

72. On s'est également demandé si le terme "tiers" était approprié, étant donné qu'il pourrait être interprété différemment selon les contextes et les pays. L'attention du Groupe de travail a été appelée sur l'article 17-5 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 2010, qui emploie le terme "third persons" [tiers]. Le Groupe de travail a pris note de la proposition d'envisager l'emploi de "non-disputing parties" [parties non contestantes] ou "third persons" [tiers] pour remplacer "third parties" dans la disposition, et prié le Secrétariat de produire un libellé approprié à cet égard.

73. On s'est par ailleurs demandé si le terme "submission" était approprié, car ce terme était également utilisé pour désigner les déclarations des parties au litige au tribunal arbitral. Il a été proposé de remplacer ce terme par "communication".

74. À l'issue de sa discussion, le Groupe de travail est convenu que le terme "*amicus curiae*" ne devrait figurer ni dans l'intitulé ni dans le contenu de la disposition et le Secrétariat a été prié de produire un libellé approprié à cet égard.

*Paragraphes 2 et 4. nombre de pages*

75. Il a été observé que le paragraphe 2 limitait le nombre de pages de la requête présentée au tribunal arbitral par un tiers et le paragraphe 4 celui de ses observations. Il a été dit qu'il ne serait peut-être pas approprié de fixer une telle limite pour chaque procédure et qu'il serait peut-être mieux de laisser au tribunal arbitral le soin d'en décider. Il a donc été suggéré de remplacer au paragraphe 2 les mots "sans dépasser cinq pages dactylographiées" par les mots "de manière concise, dans les limites fixées par le tribunal arbitral", et de supprimer au paragraphe 4 les mots "[20 pages dactylographiées, annexes comprises]". Cette proposition a été largement appuyée.

*Paragraphe 3.* "*entre autres*"

76. Il a été observé que le paragraphe 3 ne contenait pas, avant la liste des critères d'adoption des observations, les mots "entre autres" figurant à l'article 37-2 du Règlement d'arbitrage du CIRDI, sur lequel se fondait l'option 2. Le Groupe de travail est convenu qu'il faudrait insérer ces mots dans une version révisée du paragraphe 3, étant donné qu'ils permettaient au tribunal arbitral d'exercer son pouvoir d'appréciation quant à la pertinence des critères.

*Paragraphe 5*

77. L'avis a été exprimé que le paragraphe 5 traitait de deux questions concernant lesquelles il convenait peut-être d'établir une distinction. En ce qui concerne la première partie du paragraphe, qui dispose que le tribunal arbitral "s'assure que la soumission ne perturbe pas l'instance ou qu'elle n'impose pas une charge excessive à l'une des parties ou lui cause injustement un préjudice", il a été dit qu'une telle tâche pourrait s'avérer difficile pour le tribunal arbitral. Il a été suggéré d'établir une distinction entre l'incidence que les observations pourraient avoir sur la procédure et celle qu'elles pourraient avoir sur le fond. En ce qui concerne la procédure, le tribunal arbitral devrait s'assurer que les observations des tiers n'alourdissent pas la procédure arbitrale, par exemple que les délais soient respectés. Il a été suggéré d'envisager de traiter la question dans une version révisée du paragraphe 5. En ce qui concerne la deuxième partie du paragraphe 5 selon laquelle les deux parties devraient pouvoir réagir aux observations des tiers, il a été généralement estimé qu'il s'agissait d'une disposition importante et qu'il convenait de la conserver.

### b) Article 5-6. Observations présentées par un État partie au traité mais non partie au litige

78. À la cinquante-troisième session du Groupe de travail, il a été observé qu'un État partie au traité d'investissement mais non partie au litige pouvait aussi souhaiter soumettre des conclusions, être invité à le faire ou avoir le droit de le faire en vertu du traité. Il a été souligné qu'un tel État pouvait souvent fournir des informations importantes, notamment sur les travaux préparatoires, évitant ainsi une interprétation unilatérale du traité (A/CN.9/712, par. 49). Le Groupe de travail était

convenu de porter cette question à l'attention de la Commission et de lui demander s'il devrait ou non l'inclure dans le champ de ses travaux actuels (A/CN.9/712, par. 103, A/CN.9/717, par. 124). Comme suite à la décision prise par la Commission à sa quarante-quatrième session (voir par. 2), le Groupe de travail a commencé à examiner la question sur la base du texte du paragraphe 43 du document A/CN.9/WG.II/WP.166.

79. L'article 5-6 visait à limiter aux questions de droit et d'interprétation l'intervention des États non parties au litige. Ce champ d'intervention limité visait aussi à répondre aux préoccupations selon lesquelles l'intervention d'un État non contestant dont l'investisseur est ressortissant pourrait soulever des questions de protection diplomatique.

*Disposition distincte concernant l'État non contestant partie au traité*

80. Il a été dit que plusieurs traités d'investissement prévoyaient la participation d'un État non contestant, notamment l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), dont l'article 1128 s'intitule "Participation d'une partie". On trouvait des dispositions similaires dans d'autres traités, dont le Traité de libre-échange entre l'Amérique centrale et les États-Unis (CAFTA) et le traité bilatéral type canadien relatif aux investissements (2004).

81. Des doutes ont été exprimés sur la nécessité d'une telle disposition dans ces règles, car on a fait observer qu'un État partie au traité mais non partie au litige était en droit de faire un commentaire sur un traité, ou qu'un tribunal arbitral pourrait lui demander d'en faire, comme on l'avait déjà vu dans la pratique. Par exemple, un État partie au traité pourrait faire une déclaration, unilatérale selon le cas, sur l'interprétation du traité ou sur la manière dont il comprenait une disposition du traité.

82. Un autre avis a été exprimé, selon lequel une disposition sur les observations d'un État partie au traité mais non partie au litige n'était pas nécessaire parce qu'un État devrait avoir les mêmes droits que les tiers à cet égard. Il a donc été suggéré d'inclure à l'article 5-1 une référence à l'État partie au traité mais non au litige et de supprimer le paragraphe 6.

83. Un large appui a toutefois été exprimé en faveur d'une disposition distincte sur les observations d'un État partie au traité mais non partie au litige, parce qu'elle contribuerait à éclaircir le régime juridique applicable à cette catégorie d'observations et établirait une distinction entre les observations des tiers et celles des parties au traité non parties au litige. Il a été expliqué que la participation d'un tel État comportait un risque de résurgence de la protection diplomatique, ce qui n'était pas le cas de la participation des tiers. On a donc appuyé l'idée d'exclure du paragraphe 1 de l'article 5 les États parties au traité non parties au litige et de conserver le paragraphe 6.

84. Il a été dit que certaines dispositions de l'article 5, telles que les paragraphes 3 et 5, pourraient aussi s'appliquer dans le contexte du paragraphe 6. Il a donc été suggéré qu'un article distinct soit rédigé pour examen à une prochaine session.

*Portée: interprétation du traité, questions de droit et de fait*

85. Le paragraphe 6 limitait l'intervention d'un État partie au traité mais non partie au litige aux questions de droit et d'interprétation du traité, à l'exclusion des aspects factuels du litige.

86. En ce qui concerne l'interprétation du traité, l'avis général était qu'un État partie au traité mais non partie au litige pourrait avoir un autre point de vue sur l'interprétation du traité, notamment un accès aux travaux préparatoires dont le tribunal pourrait ne pas avoir connaissance d'une autre manière, ce qui éviterait des interprétations unilatérales se limitant aux arguments de l'État défendeur.

87. Des avis ont été exprimés selon lesquels si l'État d'origine de l'investisseur pouvait soumettre des observations sur des questions dépassant l'interprétation du traité et touchant des points de droit, il y aurait un risque que les observations d'un État partie au traité mais non partie au litige confine à la protection diplomatique. Il a donc été suggéré de supprimer au paragraphe 6 les mots "de droit et" avant les mots "d'interprétation du traité".

88. D'autres avis ont été exprimés selon lesquels on ne devrait pas empêcher un État de soumettre des observations sur des questions de fait ou de droit, et il a été suggéré que le paragraphe 6 soit rédigé de sorte qu'un État non partie au traité mais partie au litige puisse présenter des observations au tribunal arbitral, sans limite à la portée de ces observations. À titre d'exemple, il a été dit que le tribunal arbitral pourrait avoir besoin d'informations sur la nationalité et l'entreprise de l'investisseur, ou la politique de son État d'origine et que l'État partie au traité mais non partie au litige, s'il était l'État d'origine de l'investisseur, pourrait être le mieux placé pour fournir ces informations factuelles relevant du droit interne. Il a été dit que les versions 1976 et 2010 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI étaient muettes sur la question et ne limitaient donc pas l'intervention des États parties au traité mais non parties au litige. En outre, l'expérience acquise dans le contexte de l'ALENA montrait que les interventions d'États parties au traité mais non parties au litige ne s'accompagnaient pas d'un risque de résurgence de la protection diplomatique.

89. On a demandé si, par l'expression "questions de droit" au paragraphe 6, on entendait droit international public ou droit interne. Il a été dit en outre que dans de nombreux cas il pourrait être difficile de déterminer si une question était une question de droit ou une question de fait. Par exemple, le compte rendu de négociations relatives au traité pourrait relever de l'une et l'autre de ces catégories.

*Droit de présenter des observations*

90. Les opinions ont divergé sur le point de savoir si le règlement devrait créer un droit pour l'État partie non partie au litige de présenter des observations en prévoyant que le tribunal arbitral "accepte" au lieu de "peut accepter" les observations présentées par un État partie non partie au litige. Il a été dit que l'État non partie au litige devrait avoir le droit de présenter des observations et, s'il le faisait, le tribunal arbitral devrait les accepter. Toutefois, on a fait observer que l'article 37-2 du Règlement d'arbitrage du CIRDI, qui disposait que "le Tribunal peut permettre à une personne ou entité...", laissait entendre qu'il était loisible au tribunal arbitral de refuser les observations d'un État partie non partie au litige, et il a été dit qu'une approche analogue devrait être adoptée dans le paragraphe 6.

91. On a estimé que les États parties au traité non parties au litige ne devraient pas être obligés de présenter des observations et que, lorsque le tribunal arbitral inviterait ces États à en présenter, il ne devrait pas tirer de conclusions de leur non-participation. Il a été convenu que le paragraphe 6 devrait être modifié pour indiquer que le tribunal arbitral pourrait accepter ou demander que des États présentent des observations, mais ne pourrait obliger un État à en présenter.

92. Selon une autre proposition, un État partie non partie au litige ne devrait pas être autorisé à présenter des observations de sa propre initiative et ne devrait être autorisé à le faire que si le tribunal arbitral l'y invitait. Cette proposition a recueilli peu de soutien.

*Application de cette disposition dans un contexte multilatéral*

93. Il a été suggéré que les dispositions pertinentes limitent la présentation d'observations par un État partie non partie au litige aux cas où l'État était l'État d'origine de l'investisseur, en particulier si l'État partie non partie au litige pouvait présenter des observations sur des points factuels. Cette proposition a été faite pour que cette distinction importante soit prise en compte dans le contexte des traités d'investissement multilatéraux.

*État ayant participé à la négociation*

94. On a également estimé qu'un État qui avait participé à la négociation du traité, mais qui n'était pas partie à ce dernier, pourrait fournir d'utiles informations au tribunal arbitral sur l'interprétation du traité et il a donc été proposé d'envisager si la disposition devrait également traiter de cette question. Cette proposition n'a pas été appuyée.

"*Partie au traité non partie au litige*"

95. Il a en outre été dit qu'une partie à un traité d'investissement n'était pas nécessairement un État et que le paragraphe 6 devrait donc mentionner "une partie au traité mais non partie au litige" au lieu de "un État partie au traité mais non partie au litige". Cette proposition a recueilli un large soutien.

*Proposition de libellé*

96. Afin de tenir compte des diverses vues et préoccupations exprimées au sujet du paragraphe 6, il a été proposé de rédiger une disposition sur les observations présentées par une partie au traité mais non partie au litige comme suit: "1) Le tribunal arbitral accepte ou, après consultation avec les parties, peut demander qu'une partie au traité mais non partie au litige présente des observations sur des questions relatives à l'interprétation du traité. 2) Après consultation avec les parties, le tribunal arbitral peut accepter ou peut demander qu'une partie au traité mais non partie au litige présente des observations sur des points de droit [ou de fait]. Dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation sur la question de savoir s'il accepte ou demande que de telles observations soient présentées, le tribunal arbitral prend en considération les facteurs mentionnés dans le paragraphe 3 de l'article 5. 3) Le tribunal arbitral ne tire aucune conclusion de l'absence d'observation ou de réponse à une demande formulée conformément au paragraphe 1 ou 2. 4) Le tribunal arbitral s'assure que la soumission ne perturbe pas l'instance ou qu'elle n'impose

pas une charge excessive à l'une des parties ou lui cause injustement un préjudice. Il s'assure aussi que les deux parties ont la faculté de présenter leurs observations sur toute soumission d'une partie au traité non partie au litige."

97. À l'issue du débat, le Groupe de travail a pris note du large accord qui s'était dégagé pour i) traiter les observations présentées par des parties au traité non parties au litige dans une disposition distincte de la disposition concernant les observations présentées par des tiers; ii) faire en sorte que le tribunal arbitral consulte les parties lorsqu'il exerçait son pouvoir d'appréciation; et iii) autoriser les parties à présenter leurs observations sur les soumissions. Le Groupe de travail est en outre convenu que la proposition formulée au paragraphe 96 servirait de base à son examen de la question à sa session suivante. Il a pris note des divers points qu'il faudrait examiner dans ce contexte.

98. S'agissant du paragraphe 1, on s'est demandé si le tribunal arbitral devrait avoir toute latitude pour accepter des observations présentées par une partie qui n'était pas partie au litige et si, de ce fait, le terme "accepte" ne devrait pas être remplacé par le terme "peut accepter". Dans le paragraphe 2, on a estimé qu'il faudrait examiner plus avant la notion de "points de droit", compte tenu en particulier du débat sur la difficulté d'établir dans certains cas une distinction entre les points de droit et de fait. On a également estimé que la question de savoir si les points de droit et de fait devraient être évoqués dans l'intervention d'une partie non partie au litige devait faire l'objet d'un examen plus approfondi. Certains se sont opposés à ce que ces points soient évoqués, tandis que d'autres ont émis l'avis que les mots "points de droit [ou de fait]" devraient être remplacés par les mots "questions s'inscrivant dans le cadre du litige", afin d'aligner les droits des parties non parties au litige sur ceux des tiers. Il a en outre été proposé de restructurer cette disposition dans le cas où la partie non partie au litige serait soumise au même régime que les tiers. Sur le plan rédactionnel, on a estimé que la référence au paragraphe 3 dans le paragraphe 2 de la proposition devrait être soigneusement examinée pour faire en sorte que les critères d'évaluation de la soumission ne se limitent pas aux deux critères mentionnés dans le paragraphe 3 mais tiennent également compte du pouvoir discrétionnaire du tribunal arbitral de prendre en considération d'autres critères éventuels. On a estimé que le paragraphe 3 était trop détaillé et inutile. Il a été dit que la question de l'application de la disposition dans le contexte des traités multipartites devrait aussi être examinée plus avant. En dernier lieu, on a fait observer que le paragraphe 4 devrait tenir compte de toute révision qui pourrait être apportée au paragraphe 5 de l'article 5.

### 8. Article 6. Audiences et publication des transcriptions des audiences

99. Le Groupe de travail a examiné l'article 6, figurant au paragraphe 52 du document A/CN.9/WG.II/WP.166. Il a rappelé que les informations contenues dans les documents A/CN.9/WG.II/WP.163 et A/CN.9/WG.II/WP.167 pourraient être utiles pour certaines questions pratiques concernant les audiences publiques.

*Paragraphe 1. Audiences*

100. Un soutien a été exprimé en faveur de la première option sans les mots "[, à moins qu'une partie au litige ne s'y oppose]", car cette option a été considérée comme servant au mieux les intérêts de la transparence. Quelques délégations se sont déclarées favorables à l'option 1 contenant entre crochets le droit de véto des

parties. Certaines délégations ont préféré l'option 2 estimant que le pouvoir discrétionnaire du tribunal était essentiel, compte tenu notamment des difficultés pratiques et du coût des audiences publiques. En guise de compromis, il a été proposé de concilier les options 1 et 2 de sorte que les audiences soient en principe publiques, mais que la décision de tenir des audiences publiques soit alors celle du tribunal après consultation des parties. Considérée comme instaurant un juste équilibre, cette proposition a été appuyée, y compris par ceux qui s'étaient dits favorables à l'option 1 contenant le droit de véto des parties.

101. On s'est demandé si la mise à disposition des transcriptions d'audiences à la place de la publicité des audiences ne répondrait pas de la même façon à l'intérêt que portait le public à la transparence. Il a été répondu que la participation du public aux audiences publiques offrait une réelle possibilité, en particulier pour certains groupes qui ne pourraient pas exploiter facilement les transcriptions.

102. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu d'examiner lors d'une prochaine session l'option 1 sans les mots "[, à moins qu'une partie au litige ne s'y oppose]" et la proposition de compromis susmentionnée au paragraphe 100. S'agissant de la terminologie, le Groupe de travail est ensuite convenu d'utiliser les termes "audiences publiques".

*Paragraphe 2. Exceptions obligatoires à la publicité des audiences*

103. S'agissant du libellé, il a été dit que les premiers mots du paragraphe 2 "Lorsqu'une audience sera publique et" étaient redondants et pouvaient être supprimés, en particulier si l'option 1 du paragraphe 1 était retenue. Le paragraphe 2 a recueilli l'appui général.

*Paragraphe 3. Dispositions logistiques et exception discrétionnaire à la publicité des audiences*

104. Il a été noté que le paragraphe 3 comportait deux éléments, le pouvoir du tribunal arbitral de prendre des dispositions logistiques pour permettre l'accès du public aux audiences et celui de tenir des audiences à huis clos pour des motifs logistiques. Selon certains avis, le paragraphe 3 était redondant et devait être supprimé puisque le tribunal arbitral disposerait généralement de ces pouvoirs. En réponse, il a été dit que la disposition était nécessaire afin de guider les parties qui n'étaient pas habituées aux audiences publiques et aux tribunaux arbitraux. Selon certains avis, le paragraphe 3 risquait d'être trop général en ce qu'il permettait la tenue à huis clos de la totalité de l'audience pour des motifs logistiques, ce qui, dans certains cas, pourrait conduire à des abus. En réponse, il a été dit que les mots "si une telle mesure est ou devient nécessaire pour des motifs logistiques" pourraient tenir suffisamment compte de cette préoccupation. En outre, il a été proposé de prévoir au paragraphe 3 que le tribunal arbitral consulte les parties avant de décider de tenir les audiences à huis clos.

105. On s'est dit préoccupé par la manière dont il faudrait procéder lorsque au cours d'une audience publique une intervention orale aborderait soudainement des informations confidentielles. En réponse, il a été dit que jusqu'à présent aucune difficulté sur ce point n'avait été rencontrée, y compris lors de la diffusion d'audiences en direct. Une délégation a exprimé l'avis que, sur la base des informations figurant dans les documents établis par le Secrétariat, tous les

exemples soulevés de diffusion en direct ont eu lieu avec l'accord des parties au litige et dans le contexte de l'arbitrage institutionnel. Cela a été contesté par d'autres délégations.

*Coûts*

106. Une question a été soulevée concernant le coût des audiences publiques et il a été dit qu'il serait utile d'obtenir des informations à cet égard. À l'issue du débat, le Groupe de travail est convenu d'inviter les institutions d'arbitrage à fournir au Secrétariat des informations sur leur expérience des coûts associés aux audiences publiques et plus généralement des coûts associés à la publication des documents, des sentences arbitrales et des observations présentées par les tiers. Le Groupe de travail est convenu que la question de la répartition des frais devrait également être réexaminée.

*Paragraphes 4 et 5. Transcriptions des audiences*

107. Le Groupe de travail a examiné les paragraphes 4 et 5 en vertu desquels la décision concernant la mise à disposition des transcriptions devait dépendre de la solution retenue pour la publicité des audiences à l'exception des audiences tenues à huis clos pour des motifs logistiques. Il a été précisé que ces paragraphes n'avaient pas pour objet de rendre obligatoires les transcriptions pour toutes les audiences, mais de les rendre accessibles pour autant qu'elles aient été établies.

108. Il a été dit que, lorsque les audiences étaient tenues à huis clos pour les raisons visées à l'article 7, il serait néanmoins possible de supprimer certaines informations des transcriptions et de les publier. On s'est donc demandé s'il était logique de prévoir un régime parallèle pour les audiences et les transcriptions. Il a été suggéré que les transcriptions soient traitées de la même manière que les documents énumérés au paragraphe 1 de l'option 3 de l'article 3.

109. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu que la disposition devrait seulement prévoir la mise à la disposition du public des transcriptions, avec pour seules exceptions celles mentionnées à l'article 7. Le Groupe de travail est également convenu d'examiner plus avant s'il serait nécessaire de prévoir à l'article 6 un paragraphe spécifique aux transcriptions d'audiences ou si celles-ci devraient être ajoutées à la liste des documents à publier conformément au paragraphe 1 de l'option 3 de l'article 3. Il a en outre été convenu que la question de la procédure à suivre pour supprimer les informations confidentielles figurant dans les transcriptions serait abordée dans le cadre de l'examen de l'article 7.

## 9. Article 7. Exceptions à la transparence

110. Le Groupe de travail a examiné l'article 7 figurant au paragraphe 1 du document A/CN.9/WG.II/WP.166/Add.1. Cet article était constitué de quatre parties, le paragraphe 1 traitant des conditions des exceptions à la transparence, le paragraphe 2 de la définition de l'expression "information confidentielle et sensible", les paragraphes 3 et 4 de la procédure d'identification et de protection des informations confidentielles et sensibles et le paragraphe 5 de la procédure de protection de l'intégrité du processus arbitral. Il a été proposé d'approfondir l'examen de la structure générale de l'article une fois que son contenu aurait été examiné.

*Paragraphe 1. Exceptions à la transparence*

111. Le paragraphe 1 prévoyait des exceptions à la transparence uniquement pour la protection d'informations confidentielles et sensibles et pour la protection de l'intégrité du processus arbitral. Le Groupe de travail est convenu que ces deux catégories devraient constituer des exceptions aux dispositions relatives à la transparence prévues aux articles 2 à 6 du règlement.

112. S'agissant du libellé de l'alinéa a), il a été dit que le premier membre de phrase, "une partie n'a nullement l'obligation de publier une information confidentielle et sensible," était peu clair, car il portait sur la notion d'obligation des parties, alors qu'en vertu du règlement, la communication de l'information s'effectuerait principalement par l'entremise du tribunal arbitral. Il a été proposé, si cette solution était retenue, d'ajouter à cet alinéa les mots "ni le droit" après le mot "obligation". En outre, il a été suggéré, étant donné que la procédure d'identification des informations confidentielles et sensibles visée au paragraphe 4 relevait du tribunal arbitral, d'inclure à l'alinéa a) un renvoi à ce paragraphe pour bien indiquer qu'il n'appartiendrait pas uniquement aux parties de décider quelles informations étaient protégées.

113. S'agissant du libellé de l'alinéa b), il a été proposé de remplacer l'expression "est habilité à" par le mot "peut". Il a été suggéré en outre, conformément à la solution retenue dans le règlement, de prévoir que le tribunal arbitral devait consulter les parties lorsqu'il décidait, de sa propre initiative, de limiter la publication d'information pour les raisons visées à l'alinéa b). Toutefois, pour tenir compte des circonstances exceptionnelles dans lesquelles le tribunal arbitral pourrait être amené à empêcher la publication, il a été suggéré que cette consultation se fasse "dans la mesure du possible". À l'appui de cette proposition, il a été expliqué que dans des situations d'urgence, le tribunal arbitral n'aurait pas toujours la possibilité de consulter les parties. Il a été dit en outre que le tribunal arbitral devrait consulter ultérieurement les parties sur la marche à suivre qu'il proposait, proposition qui a été appuyée.

114. Il a par ailleurs été suggéré de dresser une liste exhaustive de cas où la publication pourrait compromettre l'intégrité du processus arbitral et, à cette fin, de supprimer le terme "y compris" à l'alinéa b). Il faudrait alors rédiger une autre phrase indiquant que la publication compromettrait le processus arbitral dans les cas visés à l'alinéa b) ou "dans des circonstances exceptionnelles comparables". Cette suggestion a été appuyée car elle fournissait des orientations adéquates au tribunal arbitral en précisant que la publication pouvait uniquement être limitée dans des circonstances considérées comme exceptionnelles.

115. Cependant, il a été indiqué qu'il pourrait y avoir, en dehors des exemples fournis à l'alinéa b), d'autres cas où le tribunal arbitral devait prendre des mesures pour limiter la publication, et l'expression "circonstances exceptionnelles comparables" pourrait être trop restrictive. Il a été rappelé que l'article 17-1 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 2010 donnait au tribunal arbitral le pouvoir de procéder à l'arbitrage comme il le juge approprié. On a demandé si cette discrétion devrait être limitée par le règlement sur la transparence. En réponse à cette préoccupation, il a été proposé de remplacer cette expression par l'expression "circonstances présentant un caractère exceptionnel comparable". Cette proposition a été appuyée. Il a en outre été suggéré que l'alinéa b) soit simplifié de manière à

n'énoncer que le principe, les modalités étant alors entièrement couvertes par le paragraphe 5.

*Proposition concernant les paragraphes 1 et 5*

116. En réponse aux préoccupations soulevées par le libellé du paragraphe 1, il a été suggéré de reformuler le paragraphe 1 comme suit: "1. L'information n'est pas mise à la disposition du public en application des articles 2 à 6 si: a) elle est confidentielle et sensible au sens de la définition du paragraphe 2 et comme indiqué conformément aux paragraphes 3 et 4; ou b) sa mise à la disposition du public compromet l'intégrité du processus arbitral au sens du paragraphe 5." Le paragraphe 5 serait alors libellé comme suit: "5. Le tribunal arbitral peut, à la demande d'une partie ou de sa propre initiative après avoir consulté les parties dans la mesure du possible, décider que la mise d'une information à la disposition du public compromettrait l'intégrité du processus arbitral a) parce qu'elle pourrait entraver la collecte ou la production de preuves ou b) parce qu'elle pourrait conduire à l'intimidation des témoins, des avocats des parties ou des membres du tribunal arbitral, ou c) dans des circonstances exceptionnelles par comparaison." Cette proposition a recueilli un large soutien. Le Groupe de travail a prié le Secrétariat de proposer une version révisée des paragraphes 1 et 5, en tenant compte de cette proposition et incluant une disposition traitant des cas où une consultation initiale des parties par le tribunal serait impossible pour des raisons pratiques (voir ci-dessus, par. 113).

*Paragraphe 2. Définition de l'information confidentielle et sensible*

117. Le paragraphe 2 traitait de la définition des informations confidentielles et sensibles. Il a été demandé si l'expression "information confidentielle et sensible" ne devrait pas être remplacée par l'expression "information confidentielle ou sensible" ou "information protégée". Le Groupe de travail est convenu d'examiner les questions de terminologie lorsqu'il aurait débattu de la définition de cette information.

118. En ce qui concerne l'alinéa a), on a demandé si l'expression "information commerciale confidentielle" était suffisamment large. La préoccupation a été exprimée qu'on pourrait comprendre que cette expression ne recouvre pas par exemple l'information industrielle ou financière, ou les données personnelles. Il a été suggéré de dresser une liste des situations où l'information devrait être protégée, comprenant l'information commerciale, politique ou institutionnelle sensible, la protection des données personnelles et tout obstacle de droit. Cette liste pourrait être précédée d'un libellé général définissant l'information confidentielle et sensible en des termes abstraits, tel que celui de l'article 19-2 du traité bilatéral type norvégien relatif aux investissements. Il a été proposé que l'alinéa a) soit supprimé parce que l'"information commerciale confidentielle", protégée par le droit applicable, relèverait de l'alinéa b). En réponse, il a été dit que certains pays n'avaient pas de lois protégeant ce type d'information.

119. En ce qui concerne l'alinéa b), il a été dit que la référence au "droit applicable" était trop vague, et on a suggéré de mieux définir quel droit devrait être pris en compte.

120. Il a été jugé que l'alinéa c) qui figure au paragraphe 1 du document A/CN.9/WG.II/WP.166/Add.1 était redondant et peu clair. Il a été suggéré de le modifier en ajoutant les mots "autre que" avant l'expression "pour l'un des motifs susmentionnés" ou de supprimer cette dernière. Il a été dit que moyennant cette modification, l'alinéa c) donnerait au tribunal arbitral le pouvoir discrétionnaire de protéger l'information ne relevant pas des catégories visées aux alinéas a) et b), telles que les données personnelles ou toute autre catégorie non envisagée au paragraphe 2.

121. Cependant, certaines délégations ont estimé qu'il n'était peut-être pas souhaitable de laisser une trop grande latitude au tribunal arbitral et que la disposition devait viser à délimiter quelle information il fallait protéger. Il a été dit que le pouvoir discrétionnaire du tribunal arbitral devrait être limité par un renvoi aux lois et règlements applicables. Il a été expliqué en outre que cette solution n'enlèverait pas au tribunal son pouvoir discrétionnaire mais en définirait le fondement. Dans le cadre de son pouvoir discrétionnaire, le tribunal arbitral devrait par exemple pouvoir déterminer comment appliquer aux parties la législation interne pouvant différer entre l'État d'origine de l'investisseur et l'État partie au litige, de manière à ce que la protection de l'information confidentielle soit équivalente.

*Proposition concernant le paragraphe 2*

122. Afin de prendre en compte les préoccupations susmentionnées, il a été proposé de modifier le paragraphe 2 comme suit: "2. L'expression 'information confidentielle et sensible' désigne: a) [u]ne information commerciale confidentielle; b) [u]ne information dont la mise à la disposition du public est interdite par le traité; c) [u]ne information dont la mise à la disposition du public est interdite en vertu de la loi d'une partie au litige ou de toute autre loi ou règle jugée applicable à la divulgation de cette information par le tribunal arbitral."

123. Il a été expliqué que l'objet de cette proposition était d'établir un équilibre entre la nécessité de fixer le mode de détermination de l'information protégée et le degré de souplesse indispensable pour garantir l'équité dans le traitement des parties. Cette proposition a recueilli un soutien en ce sens qu'elle donnait des orientations appropriées au tribunal arbitral.

124. Toutefois, ceux qui préconisaient d'accorder un plus large pouvoir discrétionnaire au tribunal arbitral ont fait observer que le libellé proposé était trop restrictif. À cet égard, il a été suggéré d'ajouter après l'alinéa c) l'alinéa suivant: "ou d) [u]ne information qui, si elle était mise à la disposition du public, porterait atteinte à l'intérêt essentiel d'un particulier ou d'une entité".

125. On a estimé que la notion d'information commerciale confidentielle devrait être plus largement définie dans l'alinéa a), mais l'établissement d'une liste d'éventuelles catégories d'informations protégées n'a pas fait l'objet d'un soutien.

126. L'alinéa b) a été jugé acceptable. On s'est demandé si l'application des lois et règles impératives mentionnées dans l'alinéa c) de la proposition devrait être laissée à l'appréciation du tribunal arbitral, dans la mesure où il n'appartiendrait peut-être pas à celui-ci de trancher la question. Il a été proposé de fusionner l'alinéa c) avec l'alinéa b).

127. Il a été dit que l'alinéa c) avait pour objet d'accorder au tribunal arbitral le pouvoir discrétionnaire de déterminer si la loi d'une partie au litige ou toute autre loi ou règle était applicable à la divulgation d'informations confidentielles. Des préoccupations ont été exprimées au sujet de l'aptitude du tribunal arbitral à déterminer si la loi d'une partie au litige s'appliquait à la divulgation d'informations. Il a été indiqué que le tribunal arbitral serait obligé d'appliquer les lois d'une partie au litige à cet égard. Il a en outre été expliqué que les États qui s'étaient dotés d'une législation sur les informations protégées risquaient de se trouver dans une situation difficile lorsqu'une décision du tribunal arbitral à propos des informations à divulguer serait incompatible avec leur législation. De même, un État pourrait être tenu en vertu de sa législation de divulguer des informations et un tribunal arbitral ne pourrait avoir le pouvoir d'empêcher cette divulgation. On a estimé que cette question devrait être précisée dans le paragraphe 2.

128. À l'issue du débat, il a été suggéré que la proposition figurant dans le paragraphe 122 ci-dessus serve de base à un nouvel examen de la question, et le Secrétariat a été prié d'établir une version révisée du paragraphe 2 en tenant compte des vues échangées.

*Paragraphes 3 et 4*

129. Le Groupe de travail a examiné les paragraphes 3 et 4 et décidé qu'ils devraient être révisés de manière à prévoir: 1) qu'ils s'appliquent à tous les documents, y compris les rapports d'experts désignés par le tribunal et les observations présentées par les tiers, et pas uniquement aux documents présentés par les parties au différend; ce faisant, la version révisée de ces paragraphes devrait prendre en compte la rédaction des informations protégées dans les sentences arbitrales conformément à l'article 4, ainsi que la confidentialité des documents présentés par des tiers; 2) une certaine souplesse en termes de délais, car il n'était pas pratique d'exiger, au moment de la présentation des informations au tribunal arbitral par une partie, que celle-ci présente également une version rédigée; 3) qu'un tribunal arbitral soit autorisé à superviser le processus de rédaction des informations confidentielles, même si une partie refuse cette désignation pour éviter que des parties, par un accord de confidentialité implicite ou explicite, ne fasse échouer l'objectif du règlement sur la transparence; et 4) que, si le tribunal déterminait que certaines informations ne constituaient pas des informations confidentielles et sensibles, la partie qui les avait fournies pourrait les retirer en totalité ou en partie et ne pas les invoquer, lorsque cette partie considérait que des informations confidentielles et sensibles ne seraient pas suffisamment protégées.

*Paragraphe 5*

130. Il a été suggéré que le paragraphe 5 prévoie une disposition permettant la divulgation d'informations lorsque la menace qui avait conduit à interdire la publication avait cessé d'exister. On a également proposé qu'une règle plus générale soit envisagée de manière à ce que la désignation d'informations confidentielles et sensibles puisse être révisée à l'initiative d'une partie pour tenir compte des changements de circonstances. On a craint que cette approche ne crée des incertitudes et n'alourdisse le processus. Le Groupe de travail est convenu d'examiner plus avant cette question lors d'une future session.

### 10. Article 8. Lieu de conservation des informations publiées (“registre”)

131. Le Groupe de travail a rappelé qu’à sa cinquante-quatrième session, il était convenu qu’un registre neutre serait indispensable pour apporter le niveau de neutralité nécessaire dans l’administration du règlement sur la transparence. S’agissant du principe d’un registre, trois propositions ont été examinées. La première concernait l’établissement d’un registre unique comme le prévoyait le paragraphe 8 du document A/CN.9/WG.II/WP.166/Add.1. La deuxième appuyait une liste d’organismes d’arbitrage, qui pourraient remplir la fonction d’un registre, et serait libellée de la manière suivante: “1. Lorsque la procédure arbitrale est administrée par l’un des organismes suivants, celui-ci sera chargé de rendre les informations publiques en application du règlement sur la transparence.” Cette proposition comprendrait une liste des organismes d’arbitrage qui ont accepté de participer. Un deuxième paragraphe serait libellé de la manière suivante: “2. Lorsque la procédure arbitrale n’est pas administrée par l’un des organismes énoncés au paragraphe 1, le défendeur désigne celui qui sera chargé de rendre les informations publiques en application du Règlement sur la transparence.”

132. Une troisième proposition prévoyait que l’établissement d’un registre en vertu du règlement sur la transparence suive la procédure adoptée pour la désignation d’une autorité de nomination qui figure dans le Règlement d’arbitrage de la CNUDCI de 2010, à savoir que les parties au différend s’accordent sur le choix d’un registre et que, dans le cas contraire, un organisme désignerait le registre.

133. Après discussion, le Groupe de travail a prié le Secrétariat d’élaborer, pour examen lors d’une future session, un projet révisé de l’article 8 avec des options qui tiendraient compte des propositions mentionnées aux paragraphes 131 et 132 ci-dessus. Il l’a également prié de fournir des informations sur le coût d’un registre, en étroite coopération avec les organismes d’arbitrage qui s’étaient déclarés intéressés, dont le CIRDI, la CPA et l’Institut d’arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm.

## B. Applicabilité à la résolution des litiges survenant dans le cadre de traités existants

134. Le Groupe de travail a rappelé qu’à sa cinquante-quatrième session, des avis avaient été exprimés en faveur de l’idée d’examiner plus avant la possibilité d’élaborer un instrument qui, une fois adopté par les États, rendrait le règlement sur la transparence applicable aux traités d’investissement existants. Il a ensuite examiné les divers instruments qui lui avaient été proposés pour rendre le règlement sur la transparence applicable aux traités d’investissement existants, qui figuraient dans le document A/CN.9/WG.II/WP.166/Add.1, paragraphes 10 à 23. Ces instruments comprenaient i) une recommandation priant les États de rendre le règlement applicable au règlement des litiges entre investisseurs et États survenant dans le cadre des traités, ii) une Convention par laquelle les États pourraient consentir à voir ce règlement s’appliquer aux arbitrages fondés sur leurs traités d’investissement existants, et iii) des déclarations interprétatives communes en application de l’article 31-3 a) de la Convention de Vienne sur le droit des traités (“Convention de Vienne”), ou un amendement ou une modification en application des articles 39 à 41 de ladite Convention.

135. Tous les instruments proposés ont été jugés intéressants et on a noté qu'ils ne s'excluaient pas mutuellement, mais pouvaient se compléter. On a fait observer, en particulier, qu'une convention sur l'applicabilité du règlement sur la transparence qui figure dans le document A/CN.9/WG.II/WP.166/Add.1, paragraphe 19, était viable et intéressante, car elle permettrait au Groupe de travail de remplir au mieux le mandat qui lui a été confié d'améliorer la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités. Le Groupe de travail a rappelé qu'il croyait comprendre que cette convention rendrait le règlement sur la transparence uniquement applicable aux traités d'investissement entre États parties qui sont également parties à la Convention. En ce qui concerne le texte, il a été suggéré que les premiers mots de l'article 3 du projet de convention soient modifiés et libellés, par souci de précision, comme suit: "Chaque État contractant accepte d'appliquer le Règlement sur la transparence de la CNUDCI". On s'est demandé si la Convention devrait également englober le texte du règlement sur la transparence. S'agissant des recommandations qui figurent aux paragraphes 13 et 14 du document A/CN.9/WG.II/WP.166/Add.1, il a été convenu d'approfondir leur examen compte tenu, notamment, de la décision qui serait prise concernant le champ d'application du règlement sur la transparence (voir ci-dessus, par. 18 à 30).

## B. Note du Secrétariat concernant le règlement des litiges commerciaux: élaboration d'une norme juridique sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités, soumise au Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) à sa cinquante-cinquième session (A/CN.9/WG.II/WP.166 et Add.1)

**[Original: anglais]**

**TABLE DES MATIÈRES**

*Paragraphes*

I. Introduction . . . . . 1-4

II. Contenu du règlement sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités . . . . . 5-57

A. Remarques générales . . . . . 5-7

B. Projet de règlement sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités . . . . . 8-57

Préambule . . . . . 8-9

Article premier. Champ d'application et structure du règlement . . . . . 10-23

Article 2. Ouverture de la procédure arbitrale . . . . . 24-31

Article 3. Publication de documents . . . . . 32-40

Article 4. Publication des sentences arbitrales . . . . . 41-42

Article 5. Observations présentées par des tiers (*amici curiae*) dans la procédure arbitrale . . . . . 43-51

Article 6. Audiences et publication des transcriptions des audiences . . . . . 52-57

# I. Introduction

1. À sa quarante-troisième session (New York, 21 juin-9 juillet 2010), la Commission a chargé le Groupe de travail d'élaborer une norme juridique sur la question de la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités[1]. On a appuyé l'avis selon lequel le Groupe de travail pourrait également envisager de se pencher sur les questions qui se posaient plus généralement lors de ces arbitrages et qui mériteraient de faire l'objet de travaux supplémentaires. Selon l'avis qui a prévalu, et conformément à ce dont la Commission était précédemment convenue, il était trop tôt pour décider de la forme et de la portée précises d'un futur instrument relatif aux arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités et

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), par. 190.

le mandat du Groupe de travail devrait se limiter à l'élaboration de règles de droit uniforme sur la transparence dans ces arbitrages. Toutefois, il a été convenu que, dans le cadre de ce mandat, le Groupe de travail pourrait mettre en évidence d'autres questions concernant ce type d'arbitrage sur lesquelles la Commission devrait peut-être également entreprendre des travaux et que ces questions pourraient être portées à l'attention de cette dernière à sa prochaine session[2].

2. À sa quarante-quatrième session (Vienne, 27 juin-8 juillet 2011), la Commission a réaffirmé ce dont elle était convenue à sa quarante et unième session (New York, 16 juin-3 juillet 2008)[3], à savoir combien il importait d'assurer la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités. Elle a noté que le Groupe de travail avait examiné le contenu de la norme juridique sur la transparence, sa forme et son applicabilité aux traités d'investissement tant existants que futurs. Il a été confirmé que la question de l'applicabilité de la norme aux traités d'investissement existants relevait du mandat du Groupe de travail et présentait un intérêt pratique considérable, compte tenu du nombre important de traités déjà conclus (voir A/CN.9/WG.II/WP.166/Add.1, par. 10 à 23). En outre, la Commission est convenue que la question de l'intervention éventuelle d'un État partie non contestant dans une procédure arbitrale devait être considérée comme faisant partie intégrante du mandat du Groupe de travail. Il a été dit qu'il fallait laisser à ce dernier le soin d'examiner plus avant la question de savoir si la norme juridique sur la transparence devrait traiter de ce droit d'intervention et, dans l'affirmative, de définir la portée et les modalités d'une telle intervention (voir ci-après, par. 43 et 49 à 51)[4].

3. À ses cinquante-troisième (Vienne, 4-8 octobre 2010)[5] et cinquante-quatrième (New York, 7-11 février 2011)[6] sessions, le Groupe de travail a examiné les questions ayant trait à la forme, à l'applicabilité et au contenu d'une norme juridique sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités.

4. Conformément aux décisions prises par le Groupe de travail à sa cinquante-quatrième session, la présente note contient un projet de règlement sur la transparence et traite de la question de l'applicabilité de ce règlement à la résolution des litiges survenant dans le cadre de traités d'investissement existants. Le préambule et les articles 1 à 6 du projet sont traités dans la présente note. Les articles 7 et 8, ainsi que la question de l'applicabilité, le sont dans l'additif à la présente note.

---

[2] Ibid. par. 191.

[3] Ibid., *soixante-troisième session, Supplément n° 17* (A/63/17), par. 313 et 314.

[4] Rapport de la Commission sur les travaux de sa quarante-quatrième session, par. 203 à 205.

[5] A/CN.9/712.

[6] A/CN.9/717.

# II. Contenu du règlement sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités

## A. Remarques générales

*Forme de la norme juridique sur la transparence*

5. Le projet de règlement sur la transparence fait suite à la décision du Groupe de travail selon laquelle la norme juridique sur la transparence serait élaborée sous la forme de règles claires plutôt que de principes directeurs (A/CN.9/717, par. 58). On rappellera que les délégations qui avaient exprimé une préférence pour des principes directeurs ont accepté que la norme juridique sur la transparence soit élaborée sous la forme de règles claires au lieu de principes directeurs plus souples et plus discursifs, étant bien entendu que leur préférence initiale pour les principes directeurs était motivée par le souhait de voir la norme s'appliquer uniquement lorsqu'il y serait fait référence de manière claire et explicite (clause "d'acceptation expresse", voir ci-après, par. 16) (A/CN.9/717, par. 26 et 58).

*Norme juridique sur la transparence s'appliquant en tant que supplément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI ou s'appliquant plus généralement à l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités quel que soit le règlement d'arbitrage applicable*

6. À sa cinquante-quatrième session, le Groupe de travail n'a pas pris de décision définitive quant à la question de savoir si la norme juridique sur la transparence devrait s'appliquer aux arbitrages régis par le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI ou indépendamment du règlement choisi par les parties (A/CN.9/717, par. 27 à 32). La présente note et son additif formulent donc, lorsqu'il y a lieu, différentes propositions de textes tenant compte des deux possibilités, afin que le Groupe de travail les examine.

*Contenu de la norme juridique sur la transparence*

7. À ses cinquante-troisième et cinquante-quatrième sessions, le Groupe de travail est généralement convenu que les questions de fond dont devrait traiter la norme juridique sur la transparence seraient les suivantes: publicité de l'ouverture de la procédure arbitrale; documents à publier (tels que les conclusions, les ordonnances de procédure et les éléments de preuve); observations présentées par des tiers ("*amici curiae*") durant la procédure; publicité des audiences; publication des sentences arbitrales; exceptions possibles aux règles sur la transparence; et lieu de conservation des informations publiées ("registre") (A/CN.9/712, par. 31, et A/CN.9/717, par. 56). À sa cinquante-quatrième session, il est convenu de reprendre les discussions sur chacune de ces questions de fond et a donné des indications quant à leur contenu éventuel. Le projet de règlement sur la transparence figurant à la section B ci-après tente de refléter les différentes possibilités examinées par le Groupe de travail.

## B. Projet de règlement sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités

### Préambule

8. Projet de préambule – Objet du règlement

"*Le Règlement de la CNUDCI sur la transparence a vocation à s'appliquer dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités [engagés conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI] pour en assurer la transparence de sorte à accroître la légitimité de ce type d'arbitrage et à promouvoir l'intérêt général qui lui est inhérent, d'une manière qui soit compatible avec l'intérêt qu'ont les parties au litige de voir ce dernier résolu rapidement et efficacement. Cet objet guide les parties au litige et les tribunaux arbitraux dans l'application qu'ils font du présent Règlement*."

### Remarques

9. Le préambule du règlement sur la transparence a été rédigé pour tenir compte de la proposition, faite au sein du Groupe de travail, de clarifier l'objet des règles sur la transparence (A/CN.9/717, par. 112). Il précise l'équilibre que ce règlement cherche à réaliser en ménageant à la fois la possibilité réelle pour le public de participer à ces arbitrages et la recherche par les parties d'un règlement équitable et efficace de leur litige. Cette approche est développée plus avant au paragraphe 2 de l'article premier, qui traite de la structure du règlement (voir ci-après, par. 10 et 23).

### Article premier. Champ d'application et structure du règlement

10. Projet d'article premier – Champ d'application et structure du règlement

Option 1 (clause d'exclusion expresse): "*1. Le Règlement sur la transparence s'applique à tout arbitrage engagé conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI en vertu d'un traité prévoyant la protection des investissements ('le traité') [qui est entré en vigueur] après [date d'adoption du Règlement sur la transparence], à moins que le traité dispose qu'il ne s'applique pas*."

Option 2 (clause d'acceptation expresse), variante 1 (valable quel que soit le règlement d'arbitrage applicable): "*1. Le Règlement sur la transparence s'applique à tout arbitrage engagé conformément à un traité prévoyant la protection des investissements ('le traité') lorsque les États parties au traité dans le cadre duquel est survenu le litige ont consenti à une telle application*."

Variante 2 (valable uniquement dans le cadre d'un arbitrage régi par le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI): "*1. Le Règlement sur la transparence s'applique à tout arbitrage engagé conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI en vertu d'un traité prévoyant la protection des investissements ('le traité') lorsque les États parties au traité dans le cadre duquel est survenu le litige ont consenti à une telle application.*"

"*2. Les articles 2 à 6 du Règlement sur la transparence contiennent des dispositions concernant la divulgation de l'ouverture de la procédure arbitrale (article 2), la publication de documents (article 3), la publication des sentences arbitrales (article 4), les observations présentées par des tiers*

*pendant la procédure arbitrale (article 5), ainsi que la publicité des audiences et la publication des transcriptions (article 6). Ces dispositions sont soumises aux exceptions expressément prévues à l'article 7. Lorsque le Règlement sur la transparence laisse un pouvoir d'appréciation au tribunal arbitral, ce dernier l'exerce de la façon qu'il juge appropriée en tenant compte de toutes les circonstances qu'il estime pertinentes, y compris, le cas échéant, la nécessité de concilier i) l'intérêt légitime que le public porte à la transparence dans le domaine de l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités et dans les procédures arbitrales et ii) l'intérêt légitime qu'ont les parties à l'arbitrage de voir leur litige réglé rapidement et efficacement*."

**Remarques**

*Paragraphe 1 – Champ d'application du règlement sur la transparence*

11. Le paragraphe 1 traite du champ d'application du règlement sur la transparence et contient deux options, ainsi que des variantes.

***Option 1: clause d'exclusion expresse***

12. La première option (clause d'exclusion expresse) établit une présomption selon laquelle le règlement sur la transparence s'applique dans le prolongement du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, à moins que les États n'en disposent autrement dans le traité d'investissement en décidant expressément de l'exclure (A/CN.9/717, par. 19 et 20). Le Groupe de travail voudra peut-être examiner l'élaboration d'une déclaration d'exclusion expresse de manière à éviter que la décision d'exclure le règlement sur la transparence n'ait des conséquences involontaires sur l'applicabilité du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

*"[qui est entré en vigueur]"*

13. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il convient de conserver les mots "qui est entré en vigueur", qui figurent entre crochets dans la première option du paragraphe 1.

14. S'il décidait de conserver ces mots, le règlement sur la transparence s'appliquerait, sans effet rétroactif, aux traités conclus après la date de son adoption.

15. S'il décidait de supprimer ces mots, le règlement sur la transparence s'appliquerait alors à tout arbitrage engagé après la date de son adoption, même si le traité est entré en vigueur avant cette date (sous réserve que ce dernier n'interdise pas l'application du règlement). Cette option devrait être examinée plus avant pour déterminer les cas où le règlement sur la transparence pourrait s'appliquer aux traités conclus avant la date de son adoption.

***Option 2: clause d'acceptation expresse***

16. Selon la deuxième option (clause d'acceptation expresse), le consentement exprès des États est requis pour que le règlement sur la transparence s'applique (A/CN.9/717, par. 19 et 21). Deux variantes sont proposées au Groupe de travail pour examen: la variante 1 prévoit que le règlement sur la transparence s'applique à un arbitrage régi par tout règlement d'arbitrage applicable, et la variante 2 dispose qu'il s'applique seulement à un arbitrage régi par le Règlement d'arbitrage de la

CNUDCI. Dans les deux cas, les États peuvent consentir à l'application du règlement sur la transparence pour un arbitrage engagé en vertu d'un traité d'investissement conclu avant ou après la date d'adoption dudit règlement.

### *Autres questions à examiner*

*Relation entre le règlement sur la transparence et le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI*

17. Dans l'option 1 et la variante 2 de l'option 2, le règlement sur la transparence s'applique uniquement dans le cadre d'un arbitrage régi par le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (A/CN.9/717, par. 19 et 20). Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il faudrait ajouter une note de bas de page précisant que le règlement sur la transparence s'appliquerait dans le cadre tant du Règlement d'arbitrage de 1976 que de sa version révisée en 2010.

18. En outre, le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il faudrait modifier le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 2010 pour mentionner l'application du règlement sur la transparence (A/CN.9/717, par. 20). Des avis divergents ont été exprimés sur ce point à la cinquante-quatrième session du Groupe de travail: il a été dit qu'une modification de l'article premier relatif au champ d'application du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI pour mentionner la norme juridique sur la transparence pourrait apporter de la clarté; selon d'autres avis, le fait de proposer trois versions différentes du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (celle de 1976, celle de 2010 et une version révisée tenant compte de la question particulière de la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités) pourrait prêter à confusion. À l'issue de la discussion, il a été décidé de reporter l'examen de la question à un stade ultérieur des délibérations (A/CN.9/717, par. 31 et 32).

*Relation entre le règlement sur la transparence et tout règlement d'arbitrage applicable*

19. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il faudrait ajouter une disposition dans le règlement sur la transparence traitant de la relation entre ce dernier et le règlement d'arbitrage applicable.

*Relation entre le règlement sur la transparence et toute disposition sur la transparence figurant dans le traité d'investissement*

20. Une autre question à examiner est celle de la relation entre le règlement sur la transparence et toute disposition en matière de transparence figurant dans le traité d'investissement servant de cadre à l'arbitrage. Par exemple, le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il est nécessaire de préciser que le règlement sur la transparence ne l'emportera pas sur une disposition du traité d'investissement concerné qui exige un niveau de transparence plus élevé.

*Application du règlement sur la transparence par les parties au litige*

21. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si l'article premier devrait inclure une disposition concernant l'application du règlement sur la transparence par les parties au litige, pour tenir compte des discussions tenues à sa cinquante-quatrième session (A/CN.9/717, par. 47 à 55). Une telle disposition supplémentaire

aurait pour objet de préciser qu'une fois que les États parties au traité d'investissement sont convenus que le règlement sur la transparence s'appliquera conformément au paragraphe 1 de l'article premier, les parties au litige ne sont pas autorisées à en exclure l'application. Cette disposition pourrait être rédigée comme suit: "*Le Règlement sur la transparence vise à conférer des droits et des avantages au public et a, par conséquent, un effet impératif, si bien que les parties au litige ne sont pas autorisées à l'exclure expressément, ni à y déroger, durant l'arbitrage*". Le Groupe de travail voudra peut-être examiner plus avant l'intérêt et l'utilité d'une telle disposition.

*"un traité prévoyant la protection des investissements"*

22. De manière générale, le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il faudrait préciser dans le règlement sur la transparence que la formule "un traité prévoyant la protection des investissements" devrait être comprise au sens large, c'est-à-dire comme englobant les accords de libre-échange, les traités bilatéraux et multilatéraux d'investissement, pour autant qu'ils contiennent des dispositions sur la protection d'un investisseur et son droit de recourir à l'arbitrage entre investisseurs et États (voir aussi A/CN.9/WG.II/WP.166/Add.1, par. 18).

*Paragraphe 2 – Structure du règlement sur la transparence*

23. Le paragraphe 2 traite de la structure du règlement sur la transparence. Il indique que chacune des règles de fond énoncées aux articles 2 à 6 est soumise aux exceptions limitées prévues à l'article 7. Il reflète également l'avis exprimé au sein du Groupe de travail selon lequel, s'il faut concilier l'intérêt que le public porte à la transparence dans le domaine de l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités et l'intérêt légitime des parties à l'arbitrage de voir leur litige réglé rapidement et efficacement, les exceptions de l'article 7 devraient être appliquées strictement et constituer les seules limites aux règles sur la transparence prévues aux articles 2 à 6 (A/CN.9/717, par. 129 à 143).

**Article 2. Ouverture de la procédure arbitrale**

24. Projet d'article 2 – Ouverture de la procédure arbitrale

Option 1: "*Une fois qu'il a reçu la notification d'arbitrage, le défendeur doit rapidement [communiquer au registre visé à l'article 8] [mettre à la disposition du public] des informations concernant le nom des parties au litige, leurs nationalités [et] [le secteur économique en cause] [et] [une brève description de l'objet du litige]*."

Option 2: "*Une fois qu'il a reçu la notification d'arbitrage, le défendeur doit rapidement [communiquer au registre visé à l'article 8] [mettre à la disposition du public] i) des informations concernant le nom des parties au litige, leurs nationalités [et] [le secteur économique en cause] [et] [une brève description de l'objet du litige]; et ii) la notification d'arbitrage*,

Variante 1: *à l'exception de toute partie de la notification que le demandeur (au moment où il soumet cette dernière) ou le défendeur refuse de voir publier au motif qu'elle contient des informations confidentielles et sensibles au sens de l'article 7, paragraphe 2*.

Variante 2*: [à moins que l'une des parties au litige ne s'oppose à sa publication.] [à condition que toutes les parties au litige acceptent qu'elle soit publiée.]*"

**Remarques**

25. À sa cinquante-quatrième session, le Groupe de travail s'est généralement accordé à reconnaître la nécessité de donner au public des informations sur l'ouverture de la procédure arbitrale. Il a examiné en particulier si la notification d'arbitrage devrait être publiée et à quel moment (A/CN.9/717, par. 60 à 74). Il est généralement convenu que la notification d'arbitrage devrait être divulguée (A/CN.9/717, par. 61). Les avis ont cependant divergé sur la question de savoir si la notification devrait être publiée dès que s'ouvrait la procédure arbitrale, avant la constitution du tribunal arbitral, compte tenu en particulier du fait que, si le règlement sur la transparence était appliqué à un arbitrage ad hoc régi par le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, il ne serait pas possible de s'en remettre à une institution pour régler les questions susceptibles de se poser avant la constitution du tribunal (A/CN.9/717, par. 62).

***Option 1 – Publication d'informations à caractère général***

26. L'option 1 prévoit la publication de certaines informations une fois la procédure arbitrale ouverte mais non la publication de la notification d'arbitrage (A/CN.9/717, par. 67 et 68), laquelle serait traitée à l'article 3 du règlement sur la transparence, après la constitution du tribunal arbitral (voir ci-dessous, par. 32 à 38 sur la publication de documents).

***Option 2 – Possibilité de publier la notification d'arbitrage en sus des informations à caractère général***

27. L'option 2 prévoit la publication de la notification d'arbitrage à l'ouverture de la procédure arbitrale, avant la constitution du tribunal arbitral. Elle comporte deux variantes.

*Variante 1*

28. La variante 1 prévoit la publication de la notification d'arbitrage, dont les informations considérées comme étant confidentielles et sensibles par l'une ou l'autre partie auront été supprimées (A/CN.9/717, par. 69 et 70). Elle est également destinée à clarifier les modalités de cette suppression à ce stade initial de l'instance, car la procédure définie aux paragraphes 3 et 4 de l'article 7, qui prévoit une possible intervention du tribunal arbitral, ne pourrait pas s'appliquer.

*Variante 2*

29. La variante 2 reconnaît aux parties le droit de s'opposer à la publication de la notification d'arbitrage, conformément à un avis exprimé à la cinquante-quatrième session du Groupe de travail, selon lequel une partie pourrait avoir diverses raisons de ne pas souhaiter que des informations figurant dans la notification d'arbitrage soient rendues publiques au début de la procédure (A/CN.9/717, par. 71).

***Moyens de publication dans les options 1 et 2***

30. Les deux options proposent entre crochets deux variantes possibles pour la publication: d'une part, la publication des informations par l'intermédiaire d'un registre (voir A/CN.9/WG.II/WP.166/Add.1, par. 8 et 9); d'autre part, la publication par le défendeur, très probablement l'État partie au litige. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que l'article 3 (voir ci-dessous, par. 32 et 38) et l'article 4 (voir ci-dessous, par. 41 et 42) contiennent les mêmes variantes.

***Réponse à la notification d'arbitrage dans l'option 2***

31. Dans la version révisée en 2010 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, ou dans tout autre règlement d'arbitrage susceptible de s'appliquer, la réponse à la notification d'arbitrage doit être adressée avant la constitution du tribunal arbitral. S'il retenait l'option 2, le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il faudrait également mentionner la publication de la réponse à la notification.

**Article 3. Publication de documents**

32. Projet d'article 3 – Publication de documents

***Documents à publier***

Option 1:

"*Sous réserve des exceptions expressément prévues à l'article 7, tous les documents soumis au tribunal arbitral ou délivrés par celui-ci sont mis à la disposition du public. Si le tribunal décide que certains documents ne seront pas publiés en raison de la charge excessive qu'imposerait une telle publication, les documents non publiés devraient être mis à la disposition des tiers qui en font la demande.*"

Option 2:

"*Sous réserve des exceptions expressément prévues à l'article 7, le tribunal arbitral décide des documents qui seront mis à la disposition du public [en consultation avec les parties au litige] [sauf si [une partie] [toutes les parties] au litige s'oppose[nt] à la publication].*"

Option 3:

"1. *Sous réserve des exceptions expressément prévues à l'article 7, [les documents suivants] [le tribunal arbitral décide, parmi les documents suivants, ceux qui] seront mis à la disposition du public: la notification d'arbitrage; les conclusions et les pièces y afférentes présentées au tribunal par une partie au litige; toutes observations présentées [par un ou plusieurs États parties au traité mais non parties au litige et] par des tiers (*amici curiae*); et les ordonnances du tribunal.*

2. *Sous réserve des exceptions expressément prévues à l'article 7, le tribunal arbitral peut ordonner [en consultation avec les parties au litige] [à moins que l'une des parties au litige ne s'y oppose] la publication de tout document qui lui est soumis ou qu'il délivre.*

*3. Sous réserve des exceptions expressément prévues à l'article 7, les tiers peuvent demander l'accès à tout document soumis au tribunal arbitral ou délivré par celui-ci et le tribunal décide s'il octroie ou non cet accès [après consultation des parties au litige]*."

***Forme et moyens de publication***

Option 1: "*Les documents à publier conformément [au paragraphe] [à la section] 1 sont communiqués par le tribunal arbitral au registre visé à l'article 8 à mesure qu'ils deviennent disponibles et, le cas échéant, dans leur version expurgée comme le prévoit l'article 7. Le registre met ces documents à la disposition du public en temps utile, sous la forme et dans la langue dans lesquelles il les reçoit.*"

Option 2: "*Le défendeur met à la disposition du public en temps utile les documents à publier conformément [au paragraphe] [à la section] 1, le cas échéant dans leur version expurgée comme le prévoit l'article 7, et dans la langue où ils ont été émis.*"

## Remarques

***Documents à publier***

33. À la cinquante-troisième session du Groupe de travail, différents avis ont été exprimés quant à savoir si des documents devraient être publiés et dans l'affirmative lesquels (A/CN.9/712, par. 40 à 42). L'avis a été exprimé que tous les documents soumis au tribunal arbitral ou délivrés par celui-ci devraient être mis à la disposition du public. Selon un avis contraire, il n'était pas nécessaire de publier tous les documents, compte tenu en particulier de la nécessité de trouver le juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et le besoin légitime de veiller à ce que la procédure arbitrale soit gérable et efficace.

34. À la cinquante-quatrième session du Groupe de travail, différentes approches se sont dégagées de l'examen de la question (A/CN.9/717, par. 87 à 92). Ces approches ont été exprimées comme suit dans l'article 3.

*Option 1 – Publication de tous les documents*

35. Dans l'option 1 sont publiés tous les documents soumis au tribunal arbitral ou délivrés par ce dernier, sous réserve de l'article 7. Lorsque certains documents ne peuvent être publiés, les tiers devraient avoir le droit d'accéder aux informations (A/CN.9/717, par. 89).

*Option 2 – Publication des documents laissée à l'appréciation du tribunal arbitral*

36. Dans l'option 2, le tribunal arbitral décide des documents qui seront publiés (A/CN.9/717, par. 88). Il faudra examiner dans cette option si le tribunal devrait consulter les parties sur ce point et si une partie au litige pourrait s'opposer à la publication des documents. À la cinquante-quatrième session du Groupe de travail, il a été fait observer que, selon le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, le tribunal arbitral peut ordonner la publication de documents s'il le juge opportun sans qu'aucune partie n'ait le droit de s'y opposer (A/CN.9/717, par. 88).

*Option 3 – Liste des documents à publier*

37. Dans l'option 3, la disposition sur la publication des documents contiendrait une liste des documents pouvant être mis à la disposition du public (A/CN.9/717, par. 90 et 91). Il faudra examiner les questions suivantes: 1) si le tribunal arbitral doit décider, parmi les documents énumérés, ceux qui devraient être mis à la disposition du public; 2) si le tribunal doit pouvoir ordonner la publication d'un document ne figurant pas dans la liste; et 3) si les parties au litige devraient être consultées ou avoir le droit de s'opposer à la publication. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que les questions touchant à la publication des sentences et des procès-verbaux ou transcriptions des audiences sont traitées respectivement à l'article 4 et à l'article 6 et que ces documents ne font donc pas partie de la liste figurant dans l'option 3.

***Forme et moyens de publication***

38. Deux options concernant la forme et les moyens de publication sont proposées au Groupe de travail pour examen (voir ci-dessus, par. 30).

***Bonne gestion de la procédure arbitrale***

39. À sa cinquante-quatrième session, le Groupe de travail a déclaré que la bonne gestion de la procédure arbitrale était un aspect important dont il fallait tenir compte lors de l'élaboration de règles sur la transparence, car ces règles devraient aussi avoir pour but de préserver le droit des parties au litige à un accès effectif à la justice (A/CN.9/717, par. 145). Cependant, on a exprimé la crainte qu'une règle générale sur la bonne gestion de la procédure arbitrale ne contribue à une dégradation significative de la transparence (A/CN.9/717, par. 146). À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a considéré qu'il faudrait très probablement trouver le juste équilibre dans chaque disposition du règlement sur la transparence plutôt que dans le cadre des exceptions à la transparence prévues dans l'article 7 (A/CN.9/717, par. 147).

40. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si les propositions de textes répondent bien aux préoccupations exprimées (voir, par exemple, la section intitulée "Documents à publier": dans l'option 1, l'emploi des mots "en raison de la charge excessive qu'imposerait une telle publication"; dans l'option 2, le fait que le choix des documents à publier soit laissé à l'appréciation du tribunal arbitral; et, dans l'option 3, l'insertion d'une liste limitative de documents).

**Article 4. Publication des sentences arbitrales**

41. Projet d'article 4 – Publication des sentences arbitrales

"*1. Sous réserve des exceptions expressément prévues à l'article 7, toutes les sentences arbitrales sont publiées.*"

Option 1: "*2. Les sentences arbitrales sont communiquées par le tribunal arbitral au registre visé à l'article 8 à mesure qu'elles deviennent disponibles et, le cas échéant, dans leur version expurgée comme le prévoit l'article 7. Le registre met les sentences arbitrales à la disposition du public en temps utile, sous la forme et dans la langue dans lesquelles il les reçoit.*"

Option 2: "*2. Le défendeur met les sentences arbitrales à la disposition du public en temps utile, le cas échéant dans leur version expurgée comme le prévoit l'article 7, et dans la langue où il les reçoit. Le tribunal arbitral est chargé d'en supprimer les informations confidentielles et sensibles.*"

**Remarques**

42. À la cinquante-quatrième session du Groupe de travail, l'élaboration d'une disposition simple qui prévoirait la publication des sentences a été largement appuyée et les délégations qui avaient exprimé des réserves à ce sujet ont demandé au Groupe de travail de garantir une protection adéquate des informations confidentielles et sensibles (A/CN.9/717, par. 100). Pour répondre à cette préoccupation, le paragraphe 1 prévoit la publication des sentences arbitrales sous réserve des dispositions de l'article 7. Le paragraphe 2 contient deux options sur la forme et les moyens de publication (voir ci-dessus par. 30).

**Article 5. Observations présentées par des tiers (*amici curiae*) dans la procédure arbitrale**

43. Projet d'article 5 – Observations présentées par des parties non contestantes

Option 1:

"*Le tribunal arbitral peut admettre et examiner les observations présentées à titre d'*amicus curiae *par une personne ou une entité qui n'est pas partie au litige*."

Option 2:

***Observations présentées par des tiers***

"*1. Après consultation des parties, le tribunal arbitral peut permettre à une personne ou à une entité qui n'est pas partie au litige et qui n'est pas un État partie au traité non contestant (un "tiers") de déposer des observations écrites à son intention relatives à une question qui s'inscrit dans le cadre du litige.*

*2. Un tiers souhaitant présenter des observations saisit le tribunal arbitral d'une requête à cette fin et fournit par écrit les informations suivantes dans une des langues de l'arbitrage[, de manière concise, sans dépasser [cinq pages dactylographiées]]: a) une description du requérant, y compris, le cas échéant, de sa composition et de son statut juridique (par exemple, association professionnelle ou autre organisation non gouvernementale), de ses objectifs généraux, de la nature de ses activités et de toute organisation mère (y compris toute organisation qui contrôle directement ou indirectement le requérant); b) une déclaration indiquant si le requérant a des liens, directs ou indirects, avec une des parties au litige; c) des informations sur tout gouvernement, toute personne ou toute organisation qui a contribué financièrement ou autrement à la préparation des observations; d) une description de la nature de l'intérêt que le requérant porte à l'arbitrage; et e) un énoncé des questions précises de fait ou de droit visées par la procédure que le requérant souhaite aborder dans ses observations écrites.*

*3. Afin de déterminer s'il autorise de telles observations, le tribunal arbitral examine a) si le tiers porte à l'instance un intérêt significatif et b) dans quelle mesure les observations l'aideraient à trancher une question de fait ou de droit relative à l'instance en y apportant un point de vue, une connaissance ou un éclairage particulier distincts de ceux présentés par les parties au litige.*

*4. Les observations déposées par une partie non contestante: a) sont datées et signées par la personne qui les présente; b) sont concises et ne dépassent en aucun cas [la longueur autorisée par le tribunal] [20 pages dactylographiées, annexes comprises]; c) contiennent un énoncé précis de la position du requérant sur les questions; et d) n'abordent que les questions entrant dans le cadre du litige.*

*5. Le tribunal arbitral s'assure que la soumission ne perturbe pas l'instance ou qu'elle n'impose pas une charge excessive à l'une des parties ou lui cause injustement un préjudice, et que les deux parties ont la faculté de présenter leurs observations sur la soumission des tiers.*"

***Observations présentées par un État partie au traité d'investissement qui n'est pas partie au litige***

"*[2] [6]. Le tribunal arbitral peut accepter ou demander qu'un État partie au traité mais non partie au litige présente des observations, à condition que celles-ci se limitent aux questions de droit et d'interprétation du traité et ne portent sur aucun aspect factuel du litige.*"

**Remarques**

44. À la cinquante-troisième session du Groupe de travail, de nombreuses délégations ont fermement appuyé l'idée de permettre la présentation de mémoires d'*amicus curiae* au motif que ceux-ci pouvaient aider le tribunal arbitral à régler le différend et promouvoir la légitimité du processus arbitral (A/CN.9/712, par. 46).

45. À sa cinquante-quatrième session, le Groupe de travail a examiné plusieurs options possibles pour la rédaction d'une disposition sur les observations présentées par des tiers au tribunal arbitral. Pendant les discussions, il a été dit que toute disposition sur la question devrait indiquer clairement que les mémoires d'*amicus curiae* ne seraient pas automatiquement acceptés (A/CN.9/717, par. 117 à 123). Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si les conditions exigées pour l'acceptation des observations d'*amici curiae* sont suffisamment claires sur ce point.

*Option 1*

46. L'option 1 se fonde sur une disposition utilisée dans certains accords d'investissement qui, a-t-on dit, reflétait une évolution dans la pratique (A/CN.9/717, par. 118). Elle pose simplement le principe selon lequel les observations d'*amici curiae* devraient être permises et laisse les modalités d'acceptation de ces observations à l'appréciation du tribunal arbitral.

*Option 2*

47. L'option 2 correspond à l'avis exprimé selon lequel il faudrait fournir des orientations aux tiers et au tribunal arbitral, compte tenu du fait qu'un certain nombre d'États avaient peu d'expérience dans ce domaine (A/CN.9/717, par. 119 et 120). Elle reprend la proposition de rédiger une disposition qui s'inspirerait de l'article 37-2 du Règlement d'arbitrage du CIRDI et serait complétée par des éléments traités au paragraphe B.2 de la Déclaration de la Commission du libre-échange de l'ALENA sur la participation d'une tierce partie du 7 octobre 2004 (A/CN.9/717, par. 122).

48. L'option 2 prévoit, dans son paragraphe 1, que le tribunal arbitral doit consulter les parties, comme le Groupe de travail en a discuté (A/CN.9/717, par. 120 et 125). Elle prévoit des règles détaillées sur: les informations devant être fournies concernant le tiers qui souhaite présenter des observations (par. 2); les questions devant être examinées par le tribunal (par. 3 et 5); et les observations elles-mêmes (par. 4).

**Intervention d'un ou de plusieurs États parties au traité d'investissement qui ne sont pas parties au litige**

49. À la cinquante-troisième session du Groupe de travail, il a été fait observer qu'un autre État partie au traité d'investissement en question mais non partie au différend pouvait aussi souhaiter présenter des observations, être invité à le faire ou en avoir le droit en vertu du traité. Il a été noté que cet État avait souvent des informations importantes à fournir, notamment sur les travaux préparatoires, évitant ainsi une interprétation unilatérale du traité (A/CN.9/712, par. 49). Le Groupe de travail est convenu de porter cette question à l'attention de la Commission et de lui demander si elle devrait ou non être incluse dans le champ de ses travaux actuels (A/CN.9/712, par. 103, et A/CN.9/717, par. 124).

50. À sa quarante-quatrième session, la Commission est convenue que la question de l'intervention éventuelle d'un État partie non contestant dans une procédure arbitrale devait être considérée comme faisant partie intégrante du mandat du Groupe de travail. Il a été dit qu'il fallait laisser à ce dernier le soin d'examiner plus avant la question de savoir si la norme juridique sur la transparence devrait traiter de ce droit d'intervention et, dans l'affirmative, de définir la portée et les modalités d'une telle intervention (voir ci-dessus, par. 2)[7].

51. Le projet de paragraphe proposé s'inspire d'une disposition du chapitre 11 de l'ALENA (article 1128). Elle vise à limiter l'intervention des États non contestants aux questions de droit et d'interprétation. Cette limitation répond aux craintes exprimées selon lesquelles l'intervention d'un État non contestant dont l'investisseur était ressortissant pourrait soulever des questions liées à la protection diplomatique (A/CN.9/712, par. 49).

---

[7] Rapport de la Commission sur les travaux de sa quarante-quatrième session, par. 204 et 205.

### Article 6. Audiences et publication des transcriptions des audiences

52. Projet d'article 6 – Audiences et transcriptions des audiences

***Audiences***

Option 1: "*1. Sous réserve de l'article 6, paragraphes 2 et 3, les audiences sont publiques[, à moins qu'une partie au litige ne s'y oppose]*."

Option 2: "*1. Le tribunal arbitral décide s'il convient de tenir des audiences publiques. S'il décide que tel sera le cas, les audiences sont publiques sous réserve de l'article 6, paragraphes 2 et 3*."

***Exceptions obligatoires à la publicité des audiences***

"*2. Lorsqu'une audience sera publique et qu'il est nécessaire de protéger des informations confidentielles et sensibles ou l'intégrité du processus arbitral conformément à l'article 7, le tribunal arbitral prend des dispositions pour que tout ou partie de l'audience se tienne à huis clos*."

***Dispositions logistiques et exception discrétionnaire à la publicité des audiences***

"*3. Le tribunal arbitral peut prendre des dispositions logistiques pour faciliter le droit d'accès du public aux audiences (y compris, le cas échéant, en permettant à celui-ci d'y assister par liaison vidéo ou par d'autres moyens qu'il juge appropriés) et peut tenir les audiences à huis clos si une telle mesure est ou devient nécessaire pour des motifs logistiques*."

***Transcriptions des audiences***

"*4. Sauf lorsque [le tribunal arbitral a décidé de ne pas tenir d'audiences publiques conformément à l'article 6, paragraphe 1, et sauf lorsque] une audience a été tenue à huis clos pour des motifs impératifs conformément à l'article 6, paragraphe 2, les transcriptions des audiences sont mises à la disposition du public. [Le registre visé à l'article 8] [Le défendeur] publie les transcriptions sous la forme et dans la langue dans lesquelles il les reçoit du tribunal arbitral.*

*5. Les transcriptions des audiences tenues à huis clos sont mises à disposition conformément au paragraphe 4 dans tous les cas où la décision de tenir les audiences à huis clos a été prise uniquement pour des motifs logistiques comme le prévoit l'article 6, paragraphe 3, et non pour des motifs impératifs conformément à l'article 6, paragraphe 2*."

### Remarques

*Paragraphe 1 – Audiences*

53. À la cinquante-quatrième session du Groupe de travail, des avis différents ont été exprimés concernant la publicité des audiences (A/CN.9/717, par. 102 à 111). S'agissant de la rédaction même des dispositions, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si, à l'article 6, les termes "audiences publiques" et "audiences à huis clos" sont bien les termes appropriés.

*Options 1 et 2*

54. L'option 1 tient compte du point de vue selon lequel les audiences devraient en principe être publiques. Elle prévoit entre crochets le droit pour chaque partie au litige de s'opposer à la publicité des audiences. À la cinquante-quatrième session du Groupe de travail, il a été demandé si ce droit de véto contribuerait à assurer la transparence et si une telle disposition était compatible avec le mandat du Groupe (A/CN.9/717, par. 104, 105 et 114).

55. L'option 2 laisse au tribunal la liberté de décider de la publicité des audiences sous réserve des orientations données à l'article 6, paragraphes 2 et 3.

*Paragraphes 2 et 3 – Exceptions à la publicité des audiences*

56. Les paragraphes 2 et 3 donnent des orientations sur les exceptions à la règle de la publicité des audiences. Le paragraphe 2 renvoie aux exceptions contenues dans l'article 7. Le paragraphe 3 répond à l'avis exprimé au sein du Groupe de travail selon lequel il faudrait peut-être tenir les audiences à huis clos pour des raisons pratiques (A/CN.9/717, par. 109).

*Paragraphes 4 et 5 – Transcriptions des audiences*

57. Les paragraphes 4 et 5 traitent la question de la publication des transcriptions des audiences et fournit des orientations sur ce point en cas d'audience tenue à huis clos. On rappellera qu'à la cinquante-quatrième session du Groupe de travail, certaines délégations s'étaient demandé si la décision concernant les transcriptions devait dépendre de la solution retenue en ce qui concerne la publicité des audiences. Il a été convenu d'examiner plus avant la question en même temps que les divers projets de textes devant être établis par le Secrétariat (A/CN.9/717, par. 115). Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le passage dans la première série de crochets au paragraphe 4 (*[le tribunal arbitral a décidé de ne pas tenir d'audiences publiques conformément à l'article 6, paragraphe 1, et sauf lorsque]*) fait pendant à l'option 2 du paragraphe 1. Ce passage serait supprimé s'il décidait de ne pas retenir cette option.

# A/CN.9/WG.II/WP.166/Add.1 (Original: anglais)

# Note du Secrétariat concernant le règlement des litiges commerciaux: élaboration d'une norme juridique sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités, soumise au Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) à sa cinquante-cinquième session

ADDITIF

## TABLE DES MATIÈRES

*Paragraphes*

B. Projet de règlement sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités (*suite*) . . . . . 1-9

Article 7. Exceptions à la transparence. . . . . 1-7

Article 8. Lieu de conservation des informations publiées ("registre") . . . . . 8-9

III. Applicabilité de la norme juridique sur la transparence au règlement des différends survenant dans le cadre de traités d'investissement existants . . . . . 10-23

A. Remarques générales. . . . . 10-11

B. Instruments possibles de la CNUDCI. . . . . 12-19

1. Recommandation relative à l'application d'une norme juridique sur la transparence. . . . . 12-14

2. Éventuel projet de convention sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités. . . . . 15-19

C. Mesures pouvant être prises par les États. . . . . 20-23

## B. Projet de règlement sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités (*suite*)

### Article 7. Exceptions à la transparence

1. Projet d'article 7 – Exceptions à la transparence

Exceptions à la transparence

"*1. Les règles énoncées aux articles 2 à 6 sont soumises aux exceptions expresses suivantes:*

*a) Une partie n'a nullement l'obligation de publier une information confidentielle et sensible, telle que celle-ci est définie à l'article 7, paragraphe 2, et le tribunal prend des dispositions pour empêcher la publication de cette information; et*

*b) Le tribunal arbitral est habilité à empêcher la publication d'une information lorsque cette publication compromettrait l'intégrité du processus arbitral, y compris lorsqu'elle pourrait entraver la collecte ou la production de preuves ou conduire à l'intimidation des témoins, des avocats des parties ou des membres du tribunal.*"

Définition de l'expression "information confidentielle et sensible"

"*2. L'expression 'information confidentielle et sensible' désigne:*

*a) Une information commerciale confidentielle;*

*b) Une information dont la divulgation est interdite par le traité ou le droit applicable; et*

*c) Une information que le tribunal arbitral peut qualifier de confidentielle et sensible dans une ordonnance de confidentialité pour l'un des motifs susmentionnés.*"

Procédure d'identification et de protection des informations confidentielles et sensibles

"*3. Une partie au litige qui fournit des informations doit, lorsqu'elle les communique au tribunal arbitral, indiquer clairement si elle les considère comme confidentielles et sensibles, et fournir, lorsqu'elle présente un document contenant ces informations, une version expurgée de ce dernier dans laquelle ne figurent pas lesdites informations.*

*4. La partie adverse qui conteste le caractère confidentiel et sensible de tout ou partie de ces informations l'indique dans un délai de trente jours à compter de la réception de la version expurgée fournie par l'autre partie, en désignant avec précision les passages du document dont elle considère qu'ils ne doivent pas être supprimés. Le tribunal arbitral se prononce alors sur cette objection soulevée à l'encontre du caractère confidentiel et sensible ou de la suppression des informations.*"

Procédure de protection de l'intégrité du processus arbitral

"*5. Le tribunal arbitral peut, de sa propre initiative ou à la demande d'une partie au litige, prendre les mesures appropriées pour empêcher la publication d'une information lorsque cette publication compromettrait l'intégrité du processus arbitral, y compris lorsqu'elle pourrait entraver la collecte ou la production de preuves ou conduire à l'intimidation des témoins, des avocats des parties ou des membres du tribunal.*"

**Remarques**

***Paragraphe 1 – Exceptions à la transparence***

2. Le paragraphe 1 prévoit des exceptions à la transparence uniquement pour la protection d'informations confidentielles et sensibles et pour la protection de l'intégrité du processus arbitral (A/CN.9/717, par. 129 à 143).

***Paragraphe 2 – Information confidentielle et sensible***

3. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la définition de l'expression "information confidentielle et sensible" figurant au paragraphe 2. Cette proposition se fonde sur des dispositions correspondantes habituellement prévues dans des traités d'investissement et sur la définition que les tribunaux arbitraux donnent à cette expression dans des ordonnances de confidentialité prises lors d'arbitrages régis par le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI pour des litiges survenant dans le cadre de l'ALENA[1]. Les "informations que des tiers communiquent et qu'ils sont autorisés à considérer comme confidentielles" figurent souvent dans la définition d'"informations confidentielles et sensibles" contenue dans ces dispositions. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner s'il faudrait ajouter cette catégorie à la définition figurant au paragraphe 2.

4. On notera également que, dans certains traités, l'expression "information confidentielle et sensible" désigne, au sens général, "toute information factuelle sensible non disponible dans le domaine public" (A/CN.9/712, par. 67). Cette définition figure à l'article 10.22.4 de l'Accord de libre-échange entre l'Australie et le Chili[2]. Dans le cadre de cet accord, des exceptions supplémentaires concernent i) les informations qui feraient obstacle à l'application des lois, et ii) les informations dont la divulgation est interdite par la loi d'une Partie (signataire de cet accord).

***Paragraphes 3 et 4 – Procédure d'identification et de protection des informations confidentielles et sensibles***

5. Les paragraphes 3 et 4 tiennent compte d'une proposition faite à la cinquante-quatrième session du Groupe de travail selon laquelle les parties devraient se mettre d'accord pour déterminer quelles informations étaient confidentielles et sensibles, et que cette décision ne serait prise par le tribunal qu'en cas d'impossibilité d'aboutir à un accord (A/CN.9/717, par. 134).

---

1 *UPS* c. *Canada*, Instructions procédurales et ordonnance du tribunal, 4 avril 2003, p. 3 à 9, disponible à l'adresse www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/Confidentiality_Order-en.pdf; *Chemtura* c. *Canada*, Ordonnance de confidentialité, 21 janvier 2008, disponible à l'adresse www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/Confidentialityorder.pdf; *Merril & Ring Forestry* c. *Canada*, Ordonnance de confidentialité, 21 janvier 2008, disponible à l'adresse www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/ConfidentialityOrderTribunal21Jan08.pdf; *V. G. Gallo* c. *Canada*, Ordonnance de confidentialité, 4 juin 2008, disponible à l'adresse www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/ConfidentialityOrder2008-06-04.pdf; *Claytons/Bilcon of Delaware* c. *Canada*, Ordonnance de procédure n° 2 (Ordonnance de confidentialité), 4 mai 2009, disponible à l'adresse www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/ProceduralOrderNo2-May42009.pdf; *Mobil Investments* c. *Canada*, procès-verbal de la première réunion du tribunal arbitral avec les Parties, annexe 3 (Ordonnance de confidentialité), 6 mai 2009, p. 38 à 44, disponible à l'adresse www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/Mobil-Minutes-FirstSession2009-07-29.pdf.

2 Accord de libre-échange entre l'Australie et le Chili de 2008, disponible à l'adresse www.dfat.gov.au/fta/aclfta/FTA_Text.html.

***Paragraphe 5 – Procédure de protection de l'intégrité du processus arbitral***

6. À sa cinquante-quatrième session, le Groupe de travail a rappelé qu'il avait été généralement reconnu à sa cinquante-troisième session qu'il convenait de tenir compte de la question de la protection de l'intégrité du processus arbitral dans le cadre du débat sur les limites à la transparence (A/CN.9/712, par. 72). Il a également estimé que le terme "intégrité du processus arbitral" devrait être défini, de sorte qu'il ne devienne pas trop général, et que les exceptions à la transparence devraient être définies avec concision (A/CN.9/717, par. 137). À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu que les questions qui seraient examinées plus avant à ce sujet étaient notamment celles de savoir (A/CN.9/717, par. 143): i) si une disposition sur la protection de l'intégrité du processus arbitral devrait prendre la forme d'un libellé général ou énoncer les cas spécifiques devant être expressément traités; ii) quelle était la relation entre la protection de l'intégrité du processus arbitral et les dispositions du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI relatives à cette question; et iii) comment déterminer le seuil à partir duquel limiter la transparence en raison de la nécessité de protéger l'intégrité du processus arbitral.

7. Le pouvoir du tribunal arbitral de protéger l'intégrité du processus arbitral est exprimé en termes généraux dans les règlements d'arbitrage[3]. Les tribunaux arbitraux l'ont exercé pour traiter des questions spécifiques. Un certain nombre de cas illustrent comment ils ont usé de ce pouvoir fondamental: ils ont parfois pris des mesures provisoires pour protéger l'intégrité de la procédure arbitrale[4], "en particulier l'accès aux preuves et l'intégrité de celles-ci"[5].

**Article 8. Lieu de conservation des informations publiées ("registre")**

8. Projet d'article 8 – Lieu de conservation des informations publiées

> "*... est chargé de mettre à la disposition du public des informations [et d'autres services] en application du Règlement sur la transparence.*"

**Remarques**

9. À sa cinquante-quatrième session, le Groupe de travail a examiné la question de savoir si la création d'un registre neutre devrait être considérée comme une étape nécessaire de la promotion de la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités (A/CN.9/717, par. 148 à 151). Selon l'avis qui a

---

[3] Par exemple, article 15-1 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976 et article 17-1 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 2010; article 15 du Règlement de la CCI; article 19 du Règlement d'arbitrage de la CCS (Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm). Le Groupe de travail voudra peut-être prendre note d'autres textes qui posent également ce principe, tels que le code de déontologie pour les arbitres dans les litiges commerciaux de l'American Arbitration Association.

[4] Par exemple, *Biwater Gauff* c. *Tanzanie*, Ordonnance de procédure n° 3 (CIRDI, 29 septembre 2006), par. 163. *Libananco Holdings Co. Ltd.* c. *Turquie*, n° ARB/06/S, décision relative à la compétence (CIRDI, 23 juin 2008), p. 78.

[5] *Quiborax S.A.* c. *État plurinational de Bolivie*, n° ARB/06/2, décision relative aux mesures provisoires (CIRDI, 26 février 2010), par. 141. Le tribunal a conclu que les "demandeurs ont démontré que l'intégrité de la procédure du CIRDI était menacée, notamment en ce qui concerne leur droit d'accès aux preuves par l'intermédiaire de témoins potentiels," (n° ARB/06/2, décision relative aux mesures provisoires (CIRDI, 26 février 2010), par. 141); *Methanex Corp.* c. *États-Unis*, sentence finale (CIRDI, 3 août 2005), PI. II, ch. I, par. 54.

prévalu, l'existence d'un registre serait indispensable pour apporter le niveau de neutralité nécessaire dans l'administration d'une norme juridique sur la transparence. On a généralement appuyé l'idée selon laquelle, si ce registre neutre devait être créé, le Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies serait idéalement placé pour le tenir. Il a également été rappelé que, si l'Organisation des Nations Unies n'était pas en mesure de prendre en charge cette fonction, la Cour permanente d'arbitrage de La Haye et le CIRDI s'étaient déclarés disposés à assurer ces services de registre (A/CN.9/717, par. 148). En outre, il a été généralement estimé qu'il était peut-être prématuré de tenter de définir les caractéristiques détaillées de ce registre tant que le Groupe de travail n'aurait pas décidé quelles fonctions précises il devrait remplir (A/CN.9/717, par. 150).

# III. Applicabilité de la norme juridique sur la transparence au règlement des différends survenant dans le cadre de traités d'investissement existants

## A. Remarques générales

10. À la cinquante-quatrième session du Groupe de travail, des avis ont été exprimés en faveur de l'idée d'examiner plus avant la possibilité d'élaborer un instrument qui, une fois adopté par les États, rendrait la norme juridique sur la transparence applicable aux traités existants. Il a été estimé que cette question avait des incidences pratiques importantes étant donné que plus de 2 500 traités d'investissement étaient en vigueur à ce jour (A/CN.9/712, par. 85, et A/CN.9/717, par. 33 à 35)[6]. Dans ce contexte, le Groupe de travail a examiné la possibilité de rendre la norme juridique sur la transparence applicable aux traités existants soit au moyen d'une recommandation priant instamment les États de la rendre applicable au règlement des litiges entre investisseurs et États survenant dans le cadre des traités soit au moyen d'une convention par laquelle les États pourraient consentir à voir cette norme s'appliquer aux arbitrages fondés sur leurs traités d'investissement existants (voir section B ci-dessous). Avec cette convention, toutefois, la norme juridique ne pourrait s'appliquer qu'aux traités d'investissement entre États parties qui sont également parties à la convention (A/CN.9/717, par. 42). En outre, il a été dit que les solutions consistant à rendre la norme juridique sur la transparence applicable aux traités existants au moyen de déclarations interprétatives communes en application de l'article 31-3 a) de la Convention de Vienne sur le droit des traités ("Convention de Vienne"), d'un amendement ou d'une modification en application des articles 39 à 41 de ladite convention (voir section C ci-dessous) étaient intéressantes et possibles sur le plan pratique et devraient être étudiées plus avant (A/CN.9/717, par. 45).

11. Le Secrétariat a été prié d'examiner plus avant les solutions possibles pour rendre la norme juridique sur la transparence applicable aux traités existants et d'élaborer divers projets de textes pour faciliter la poursuite des débats sur les

---

[6] On trouvera un recueil en ligne de tous les traités d'investissement dans la base de données de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), (page consultée le 20 juillet 2011), à l'adresse www.unctadxi.org/templates/Startpage____718.aspx.

différentes possibilités envisagées à la cinquante-quatrième session du Groupe de travail (A/CN.9/717, par. 46).

## B. Instruments possibles de la CNUDCI

### 1. Recommandation relative à l'application d'une norme juridique sur la transparence

12. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner une recommandation priant instamment les États d'appliquer la norme juridique sur la transparence aux traités existants et futurs de manière à promouvoir l'application d'une norme juridique sur la transparence aux traités d'investissement. Cette recommandation aurait pour objectif de souligner l'importance de la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités. Elle laisse les États libres de décider des moyens d'appliquer la norme juridique sur la transparence dans le contexte des traités tant existants que futurs. Elle vise à encourager les États et les investisseurs à appliquer la norme juridique à leur arbitrage, dans la mesure où elle est compatible avec le traité d'investissement existant.

13. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner le libellé suivant en vue d'une éventuelle recommandation concernant l'application de la norme juridique sur la transparence aux arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités qui sont engagés conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

> "*La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international,*
>
> *Rappelant que, dans sa résolution 2205 (XXI) en date du 17 décembre 1966, l'Assemblée générale lui a donné pour mandat d'encourager l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international et, ce faisant, de prendre en considération l'intérêt qu'ont tous les peuples, particulièrement ceux des pays en développement, à voir le commerce international se développer largement,*
>
> *Rappelant également les résolutions 31/98 du 15 décembre 1976 et 65/22 du 10 janvier 2011, dans lesquelles l'Assemblée générale recommandait l'utilisation du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI,*
>
> *Reconnaissant l'utilité que présente l'arbitrage en tant que mode de règlement des litiges qui peuvent naître dans le cadre des relations internationales et son utilisation étendue pour régler des litiges entre investisseurs et États,*
>
> *Reconnaissant également la nécessité de dispositions sur la transparence dans le règlement des litiges survenant entre investisseurs et États dans le cadre de traités pour prendre en compte l'intérêt général inhérent à ce type d'arbitrage,*
>
> *Reconnaissant en outre que certains États ont adopté des normes de transparence exigeantes dans certains traités prévoyant la protection des investissements ('traité d'investissement'),*

*Ayant à l'esprit que le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI est largement utilisé pour résoudre les litiges survenant entre investisseurs et États dans le cadre de traités,*

*Notant que, pour élaborer le Règlement sur la transparence, les délibérations voulues ont été tenues au sein de la CNUDCI et que des consultations étendues ont été menées avec les gouvernements ainsi qu'avec les organisations intergouvernementales et les organisations internationales non gouvernementales intéressées,*

*Convaincue que le Règlement sur la transparence contribuera sensiblement à la mise en place d'un cadre juridique harmonisé propice au règlement équitable et efficace des litiges internationaux [relatifs aux investissements],*

*Convaincue également que, eu égard à la modernisation du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, qui a été révisé en 2010, l'adoption du Règlement sur la transparence est particulièrement opportune,*

*Notant le grand nombre de traités d'investissement déjà en vigueur et l'importance sur le plan pratique de promouvoir l'application du Règlement sur la transparence aux arbitrages se déroulant dans le cadre des traités d'investissement déjà conclus,*

*1. Recommande que, sous réserve des dispositions du traité d'investissement concerné qui pourraient exiger un degré de transparence plus élevé, le Règlement sur la transparence soit appliqué, par le biais de mécanismes appropriés, aux arbitrages entre investisseurs et États engagés conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI en vertu d'un traité d'investissement conclu avant la date d'adoption dudit Règlement, dans la mesure où cette application est compatible avec ces traités;*

*2. Recommande également que les États utilisent le Règlement sur la transparence ou s'y réfèrent, notamment, lorsqu'ils formulent les amendements ou modifications nécessaires à ces traités.*"

14. Si le Groupe de travail décide que la norme juridique sur la transparence s'appliquera quel que soit le règlement d'arbitrage applicable, l'éventuelle recommandation pourrait être libellée comme suit.

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

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

*Reconnaissant l'utilité que présente l'arbitrage en tant que mode de règlement des litiges qui peuvent naître dans le cadre des relations internationales et son utilisation étendue pour régler des litiges entre investisseurs et États,*

*Reconnaissant également la nécessité de dispositions sur la transparence dans le règlement des litiges survenant entre investisseurs et États dans le cadre de traités pour prendre en compte l'intérêt général inhérent à ce type d'arbitrage,*

*Reconnaissant en outre que certains États ont adopté des normes de transparence exigeantes dans certains traités prévoyant la protection des investissements ('traité d'investissement'),*

*Notant que, pour élaborer le Règlement sur la transparence, les délibérations voulues ont été tenues au sein de la CNUDCI et que des consultations étendues ont été menées avec les gouvernements ainsi qu'avec les organisations intergouvernementales et les organisations internationales non gouvernementales intéressées,*

*Convaincue que le Règlement sur la transparence contribuera sensiblement à la mise en place d'un cadre juridique harmonisé propice au règlement équitable et efficace des litiges internationaux [relatifs aux investissements],*

*Notant le grand nombre de traités d'investissement déjà en vigueur et l'importance sur le plan pratique de promouvoir l'application du Règlement sur la transparence aux arbitrages se déroulant dans le cadre des traités d'investissement déjà conclus,*

*1. Recommande que, sous réserve des dispositions du traité d'investissement concerné qui pourraient exiger un degré de transparence plus élevé, le Règlement sur la transparence soit appliqué, par le biais de mécanismes appropriés, aux arbitrages entre investisseurs et États engagés en vertu d'un traité d'investissement conclu avant la date d'adoption dudit Règlement, dans la mesure où cette application est compatible avec ces traités;*

*2. Recommande également que les États utilisent le Règlement sur la transparence ou s'y réfèrent, notamment, lorsqu'ils formulent les amendements ou modifications nécessaires à ces traités.*"

## 2. Éventuel projet de convention sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités

15. Afin de promouvoir l'application d'une norme juridique sur la transparence aux traités d'investissement, il a été proposé, aux cinquante-troisième et cinquante-quatrième sessions du Groupe de travail, d'élaborer une convention internationale sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités, par laquelle les États pourraient s'entendre sur l'application d'une telle norme ou y consentir (A/CN.9/712, par. 93, et A/CN.9/717, par. 42 à 46).

16. Une éventuelle convention sous la forme d'une déclaration générale d'applicabilité, telle que proposée dans la présente note, ne reprendrait pas le contenu de la norme juridique sur la transparence actuellement élaborée par le Groupe de travail, mais exprimerait le consentement des États contractants à appliquer cette norme aux arbitrages fondés sur leurs traités d'investissement qui existent à la date d'entrée en vigueur de la convention ou sont conclus postérieurement. Si le Groupe de travail décide d'étudier plus avant la possibilité de

rédiger une convention, plusieurs questions devraient être examinées, notamment le rapport entre la convention et la norme juridique sur la transparence.

17. Le libellé proposé pour le projet de convention ci-dessous ne comprend pas de dispositions qui figureraient d'ordinaire dans une convention, comme le préambule et les dispositions finales, concernant entre autres le dépositaire, la signature, la ratification, l'acceptation, l'approbation, l'adhésion, les réserves, l'entrée en vigueur, la modification et les amendements, et la dénonciation. Si le Groupe de travail envisage la rédaction d'une convention, ces dispositions pourraient être rédigées ultérieurement.

18. Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que le libellé proposé pour le projet de convention ci-dessous se veut le plus générique possible, de sorte que le projet soit applicable au plus grand nombre possible de traités d'investissement. Comme il est indiqué dans une remarque concernant le paragraphe 1 de l'article premier sur le champ d'application du règlement sur la transparence, le libellé du projet de convention précise que l'expression "traité prévoyant la protection des investissements" devrait être interprétée au sens large, comme englobant les accords de libre-échange et les traités bilatéraux et multilatéraux d'investissement, dès lors qu'ils contiennent des dispositions relatives à la protection d'un investisseur et à son droit de recourir à l'arbitrage entre investisseurs et États (A/CN.9/WG.II/WP.166, par. 22).

19. Si le Groupe de travail décide qu'une convention devrait être élaborée, celle-ci pourrait contenir les dispositions suivantes.

"*Article premier. Champ d'application*

*1. La présente Convention s'applique aux arbitrages entre investisseurs et États [régis par le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI] qui sont conduits sur la base d'un traité prévoyant la protection des investissements entre les États contractants à la Convention.*

*2. L'expression 'traité prévoyant la protection des investissements' désigne tout accord d'investissement entre les États contractants, y compris un accord bilatéral ou multilatéral d'investissement ou un accord de libre-échange, dès lors qu'il contient des dispositions relatives à la protection des investissements et au droit de recourir à l'arbitrage entre investisseurs et États.*

*Article 2. Interprétation*

*Pour l'interprétation de la présente Convention, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application ainsi que d'assurer le respect de la bonne foi dans le commerce international.*

*Article 3. Utilisation du Règlement de la CNUDCI sur la transparence*

*Chaque État contractant consent à appliquer le Règlement de la CNUDCI sur la transparence aux arbitrages entre investisseurs et États [régis par le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI] qui sont conduits sur la base d'un traité prévoyant la protection des investissements entre les États contractants à la Convention. Ce consentement n'empêche en rien les États contractants d'appliquer des normes prévoyant un degré de transparence plus élevé que le Règlement sur la transparence.*"

## C. Mesures pouvant être prises par les États

20. À ses cinquante-troisième et cinquante-quatrième sessions, le Groupe de travail a examiné les mesures que les États pourraient prendre pour assurer l'applicabilité d'une norme juridique sur la transparence aux traités multilatéraux ou bilatéraux d'investissement existants (A/CN.9/712, par. 85 et 86, et A/CN.9/717, par. 42 à 46). À la cinquante-quatrième session du Groupe de travail, on a indiqué qu'une déclaration interprétative commune des États parties en application de l'article 31-3 a) de la Convention de Vienne et l'amendement ou la modification des traités en vertu de l'article 39 et suivants de la Convention de Vienne, seraient des instruments envisageables pour assurer l'application de la norme de transparence aux traités d'investissement existants (A/CN.9/717, par. 42 à 45).

21. À la demande du Groupe de travail, des modèles sont proposés ci-dessous pour ces instruments. Les projets de libellés se veulent les plus simples possible pour ne fournir qu'une illustration de ces instruments. Ils ont également été rédigés sous une forme très générique pour pouvoir être appliqués, avec les adaptations nécessaires, à divers accords d'investissement.

22. D'éventuels projets de modèles de déclarations interprétatives communes en application de l'article 31-3 a) de la Convention de Vienne pourraient être libellés comme suit.

*[Modèle 1]*

"*Accord entre le Gouvernement [__] et le Gouvernement [__] sur l'interprétation et l'application de certaines dispositions de ___ [nom du traité d'investissement]*

*La [les] disposition[s] des articles [___] de __ [nom du traité d'investissement] permettant à un investisseur d'un État contractant d'engager une procédure d'arbitrage à l'encontre d'un autre État contractant [régie par le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI] dans le contexte de ___ [nom du traité d'investissement] doit [doivent] être interprétée[s] comme emportant application du Règlement de la CNUDCI sur la transparence. Les gouvernements des États contractants [liste des noms] sont convenus d'un commun accord que la présente décision constitue l'interprétation agréée et définitive des dispositions du traité en question.*"

*[Modèle 2]*

"*Les gouvernements des États contractants à [nom du traité d'investissement] conviennent que l'expression 'Règlement d'arbitrage de la CNUDCI' telle qu'utilisée aux articles [numéros des articles] de [nom du traité] englobe le Règlement de la CNUDCI sur la transparence.*"

23. D'éventuels projets de modèles d'amendement ou de modification en application de l'article 39 et suivants de la Convention de Vienne pourraient être libellés comme suit.

*[Modèle 1]*

"*Accord sur un amendement à ___ [nom du traité d'investissement] entre le Gouvernement [___] et le Gouvernement [___]*

*Le Gouvernement [___] et le Gouvernement [___] sont convenus d'apporter les amendements suivants à ____ [nom du traité d'investissement]*

*L'article ____ [numéro à insérer] de l'Accord est amendé comme suit:*

*(_) Le Règlement de la CNUDCI sur la transparence s'applique aux arbitrages engagés [conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI] sur la base de [nom du traité d'investissement].*"

*[Modèle 2]*

"*Protocole portant amendement de [nom du traité d'investissement] entre le Gouvernement [___] et le Gouvernement [___], signé le [date]*

*Le Gouvernement [___] et le Gouvernement [___],*

*Considérant:*

*Qu'un ___ [nom du traité d'investissement] entre les deux gouvernements a été signé le ___ [date],*

*Que, pendant la période de validité de l'Accord, il est apparu nécessaire d'introduire certains amendements pour assurer la transparence dans les litiges entre investisseurs et États survenant dans le cadre de l'Accord,*

*Conviennent:*

*de conclure le Protocole suivant portant amendement de [nom du traité d'investissement] entre le Gouvernement [___] et le Gouvernement [___], signé le [date].*

*Article ___ [numéro à insérer]*

*L'article ____ [numéro à insérer] de l'Accord est amendé comme suit*

*(_) Le Règlement de la CNUDCI sur la transparence s'applique aux arbitrages engagés [conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI] sur la base de [nom du traité d'investissement].*"

## C. Note du Secrétariat concernant le règlement des litiges commerciaux: transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités – commentaires du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), soumise au Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) à sa cinquante-cinquième session (A/CN.9/WG.II/WP.167)

**[Original: anglais]**

Dans le cadre des préparatifs de la cinquante-cinquième session du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation), au cours de laquelle ce dernier devrait poursuivre ses travaux sur l'élaboration d'une norme juridique sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités, le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) a fourni au Secrétariat, le 5 août 2011, des informations concernant ses règles et pratiques en matière de transparence. On trouvera en annexe à la présente note la traduction du texte des commentaires du CIRDI tel qu'il a été reçu par le Secrétariat.

### Annexe – Commentaires du CIRDI

1. Le CIRDI fournit dans le présent document une description de sa pratique en matière de transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités, comme suite au document A/CN.9/WG.II/WP.166 du Secrétariat et à son additif[1].

2. Le CIRDI a été institué par la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (la Convention du CIRDI ou la Convention). Il rassemble actuellement 147 États contractants. Les dispositions de la Convention sont complétées par les Règlements adoptés par le Conseil administratif du Centre qui comprennent le Règlement administratif et financier, le Règlement de procédure relatif à l'introduction des instances, le Règlement de procédure relatif aux instances de conciliation et le Règlement de procédure relatif aux instances d'arbitrage (Règlement d'arbitrage).

3. Conformément à la Convention, le Centre fournit des services de conciliation et d'arbitrage des différends relatifs aux investissements entre des États contractants et des ressortissants d'autres États contractants. Le Conseil administratif du Centre a également adopté le Règlement du Mécanisme supplémentaire autorisant le secrétariat du CIRDI à administrer certaines catégories de procédures entre États et ressortissants d'autres États qui sortent du champ d'application de la Convention. Ce règlement peut être utilisé lorsqu'une des parties n'est pas un État contractant ou un ressortissant d'un État contractant (comme le Canada ou le Mexique par exemple) ou, lorsqu'au moins une des parties est un État contractant ou un ressortissant d'un État contractant, pour régler un différend qui ne découle pas

[1] Daté du 29 juillet 2011.

directement d'un investissement, à condition que la transaction à l'origine du différend ne soit pas une opération commerciale ordinaire.

4. En outre, le CIRDI administre ponctuellement des procédures arbitrales régies par le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, notamment dans le contexte de l'ALENA.

### 1. Ouverture d'une procédure arbitrale

5. Conformément à l'article 22-1 du Règlement administratif et financier du CIRDI (le Règlement), "*[l]e Secrétaire général publie des informations appropriées sur les opérations du Centre, y compris l'enregistrement de toutes les requêtes de conciliation ou d'arbitrage, la date à laquelle chaque instance prend fin et la façon dont elle s'est terminée*".

6. De même, l'article 23-1 dispose que "*[l]e Secrétaire général tient, conformément aux règles qu'il établit, des Rôles des instances distincts pour les requêtes de conciliation et les requêtes d'arbitrage. Dans ces Rôles figurent tous renseignements utiles concernant l'introduction, la conduite et l'issue de chaque instance, y compris en particulier la méthode de constitution de chaque Commission, Tribunal et Comité, et sa composition. Dans le Rôle des instances d'arbitrage figurent également, en ce qui concerne chaque sentence, tous les renseignements utiles relatifs aux demandes de décisions supplémentaires, rectification, interprétation, révision ou annulation de la sentence, et à toute suspension d'exécution*."

7. Conformément à ce qui précède, lorsque le Centre enregistre une requête de conciliation ou d'arbitrage ou une demande de recours après la sentence en vertu de la Convention du CIRDI ou lorsqu'il accorde l'accès au Mécanisme supplémentaire, il indique sur son site Web[2] la date d'enregistrement de la présentation de la requête ou de la demande, le nom des parties et l'objet du différend. Comme le prévoit l'article 23, il actualise les informations tout au long de la procédure. Les mises à jour sont quotidiennes. Le Centre ouvre aussi un rôle pour chaque affaire qui contient des informations semblables disponibles sur son site Web. (Voir à l'annexe 1 du présent document un exemple des informations relatives à une procédure disponibles sur le site Web du CIRDI.)

### 2. Publication des documents et des sentences arbitrales

8. L'article 22-2 dispose que "*[s]i les deux parties à une instance consentent à la publication: a) des procès-verbaux des Commissions de conciliation; b) des sentences arbitrales; ou c) des procès-verbaux des audiences et des autres documents relatifs aux instances, le Secrétaire général fera procéder à cette publication, sous la forme appropriée pour promouvoir le développement du droit international en matière d'investissements*".

---

[2] Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, http://icsid.worldbank.org. Toutes les décisions, ordonnances et sentences mentionnées ici sont disponibles sur le site Web du CIRDI, sauf indication contraire.

9. Le Centre ne publie sur son site Web ni les documents soumis au tribunal arbitral par les parties, ni les procès-verbaux ou documents relatifs aux instances, sauf si les deux parties y consentent[3].

10. S'agissant des documents publiés par le tribunal arbitral, l'article 48-5 de la Convention du CIRDI dispose que "*[l]e Centre ne publie aucune sentence sans le consentement des parties*" et l'article 48-4 du Règlement d'arbitrage précise que "*[l]e Centre ne publie pas la sentence sans le consentement des parties. Toutefois, le Centre inclut dans les meilleurs délais dans ses publications des extraits du raisonnement juridique adopté par le Tribunal*." L'article 53-3 du Règlement d'arbitrage (Mécanisme supplémentaire) contient une disposition similaire.

11. En conséquence, la pratique du Centre est de demander à la première session si les parties consentent à la publication. Si elles n'y consentent pas, le CIRDI demande leur consentement lorsqu'un tribunal rend une décision ou une sentence. Cette pratique a également été étendue dans certains cas aux ordonnances de procédure. Si une partie refuse que le Centre procède à la publication, celui-ci publie des extraits du raisonnement juridique de la sentence, toute décision considérée comme faisant partie de la sentence et les décisions concluant une procédure de recours après la sentence. Ces textes sont publiés dans le *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* et sur le site Web.

12. En 2010, le CIRDI a lancé un projet pour rendre sa jurisprudence plus accessible au public. Ce projet de publication vise à fournir un accès au plus grand nombre possible d'affaires du CIRDI, qu'il s'agisse des décisions de procédure ou de fond. À cette fin, le Secrétariat a pris contact avec les parties des affaires terminées pour demander leur autorisation de publier les décisions, ordonnances et sentences que le Centre n'avait pas encore publiées. Cette jurisprudence est mise en ligne sur le site Web du Centre si les deux parties consentent à la publication. Sachant que les parties peuvent considérer certaines informations comme confidentielles, il leur demande alors si elles acceptent que soient publiés non pas le texte intégral de la décision mais des extraits appropriés et une description générale des informations pertinentes. Avec l'accord des parties, le Centre a ainsi pu publier sur son site Web davantage de sentences, décisions et ordonnances.

13. Ces dispositions, qui s'appliquent au Centre, n'empêchent pas une partie au différend de rendre publics des documents liés à une affaire non visés par un accord de confidentialité ou une ordonnance de confidentialité[4]. Rien n'interdit en soi aux parties de publier de telles informations puisque ni la Convention ni le Règlement du Mécanisme supplémentaire ne contiennent de disposition générale sur la confidentialité ou le respect de la vie privée comme on pourrait en trouver dans

---

[3] Voir *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD* c. *Malaisie*, affaire CIRDI n° ARB/05/10, dans laquelle les documents soumis par les parties durant la procédure arbitrale ont été mis en ligne sur le site Web du CIRDI à leur demande bien que le défendeur se soit réservé le droit d'en supprimer auparavant les informations sensibles.

[4] Pour plus d'informations sur les affaires portées devant le Mécanisme supplémentaire et la pratique du Canada et des États-Unis, voir CNUDCI, Règlement des litiges commerciaux: Transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités, Commentaires des Gouvernements du Canada et des États-Unis d'Amérique sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités en vertu du chapitre 11 de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), cinquante-quatrième session, New York, (7-11 février 2011), Document des Nations Unies A/CN.9/WG.II/WP.163 (7 décembre 2010).

d'autres règlements d'arbitrage. D'un autre côté, il n'y a aucune exigence de transparence. D'une manière générale, les instances ont fait apparaître une pratique selon laquelle les parties concluent des accords de confidentialité par lesquels ils conviennent que certains documents sont considérés comme confidentiels, doivent être caviardés aux fins de la procédure ou ne doivent pas être rendus publics. Si les parties ne parviennent pas à s'entendre, le tribunal peut trancher la question à leur demande[5]. Il y a eu des cas où une partie a demandé au tribunal d'empêcher l'autre partie de rendre publics des informations et des documents de l'affaire pour ne pas nuire à l'intégrité de la procédure ou aggraver le différend. Certains tribunaux saisis d'une telle demande ont ordonné aux parties de ne pas rendre publics les documents de l'affaire, tandis que d'autres ont autorisé leur publication[6].

14. Enfin, conformément à l'article 6-2 du Règlement d'arbitrage du CIRDI et à l'article 13-2 du Règlement d'arbitrage (Mécanisme supplémentaire), les arbitres sont tenus de préserver la confidentialité de toutes les informations portées à leur connaissance du fait de leur participation à la procédure, y compris le contenu de la sentence. Conformément à l'article 16-1 du Règlement d'arbitrage du CIRDI et à l'article 23-1 du Règlement d'arbitrage (Mécanisme supplémentaire), les délibérations du tribunal sont secrètes.

### 3. Communications des parties non contestantes ("*amici curiae*") dans une procédure arbitrale

15. Une disposition sur les communications des parties non contestantes a été introduite dans le Règlement d'arbitrage du CIRDI et le Règlement d'arbitrage (Mécanisme supplémentaire) par un amendement de 2006[7]. Auparavant, aucune disposition expresse du Règlement ne permettait l'intervention d'*amici curiae* mais certains tribunaux avaient autorisé de telles communications.

16. La première demande d'*amicus curiae* a été présentée dans l'affaire Methanex c. *États-Unis d'Amérique*, le Tribunal acceptant de recevoir des communications au début de 2001 malgré les objections du demandeur[8]. Cette affaire relevant de

---

[5] Voir, par exemple, *Giovanna a Beccara et al.* c. *République d'Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/07/5, Ordonnance de procédure n° 3 (Ordonnance de confidentialité) (27 janvier 2010) ["*Décision Giovanna a Beccara*"].

[6] Voir par exemple, *Biwater Gauff Tanzania (Ltd.)* c. *République-Unie de Tanzanie*, affaire CIRDI n° ARB/05/22, Ordonnance de procédure n° 3 (29 septembre 2006) (dans laquelle le Tribunal a finalement décidé d'ordonner aux parties de s'abstenir de divulguer les procès-verbaux des audiences, les documents produits au cours de la procédure, les mémoires et la correspondance de procédure). Voir cependant Ordonnance Giovanna a Beccara, note 5 *supra*, par. 73 (dans laquelle le Tribunal a tranché la question au cas par cas dans un souci "*de trouver une solution permettant de réaliser l'équilibre entre le respect de l'intérêt général de la transparence et l'intérêt particulier de la confidentialité de certaines informations ou de certains documents*").

[7] Voir Aurélia Antonietti, *The 2006 Amendments of the ICSID Rules and Regulations*, 21 ICSID Rev.—FILJ 427 (2006). Pour un examen des communications de parties non contestantes et des considérations pratiques, voir Eloïse Obadia, *Extension of Proceedings Beyond the Original Parties: Non-Disputing Party Participation in Investment Arbitration*, 22 ICSID Rev.—FILJ 349 (2007).

[8] *Methanex Corporation* c. *États-Unis d'Amérique*, CNUDCI (ALENA), décision du Tribunal relative aux requêtes de tiers aux fins d'intervenir en qualité d'*Amici Curiae* (15 janvier 2001), disponible en anglais sur le site Web du Département d'État des États-Unis, www.state.gov/s/l/c5818.htm.

l'ALENA a été administrée par le CIRDI en vertu du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976. Le Tribunal s'est fondé sur l'article 15-1 du Règlement, qui permet à un tribunal de mener la procédure de la manière qu'il juge appropriée. Cette approche a été adoptée par le Tribunal la même année dans l'affaire *UPS* c. *Canada*[9]. La Commission du libre-échange de l'ALENA a ensuite publié des lignes directrices en octobre 2003, confirmant la latitude du tribunal pour ce qui est d'accepter des communications de parties non contestantes[10].

17. Pour ce qui est des procédures régies par la Convention du CIRDI, la question des communications de parties non contestantes s'est posée pour la première fois dans l'affaire *Aguas del Tunari* c. *Bolivie*, en 2002, le Tribunal rejetant une requête aux fins du dépôt de telles communications au motif qu'il n'avait pas le pouvoir d'autoriser ces communications en l'absence de consentement des parties[11]. Cependant, dans l'affaire *Suez et al.* c. *Argentine*, le Tribunal a conclu qu'il était habilité à le faire en vertu des pouvoirs que lui conférait l'article 44 de la Convention du CIRDI et parce qu'il considérait que l'affaire faisait intervenir des questions d'intérêt public[12]. En 2005, cinq ONG ont déposé des mémoires d'*amicus curiae* dans cette affaire, malgré les objections des demandeurs[13]. Le même raisonnement a été appliqué dans une autre affaire engagée contre l'Argentine en mars 2006[14].

18. Il convient également de noter que l'article 10.20.3 du Traité de libre-échange entre les États-Unis, les pays d'Amérique centrale et la République dominicaine (CAFTA-DR), de 2004, prévoit les communications de parties non contestantes[15].

19. En 2006, le CIRDI a introduit à l'article 37-2 du Règlement d'arbitrage une nouvelle disposition qui se lit comme suit:

---

9 *United Parcel Service of America Inc.* c. *Gouvernement du Canada*, CNUDCI (ALENA), décision concernant les *Amici Curiae* (17 octobre 2001) disponible en anglais sur le site Web Affaires étrangères et commerce international Canada, www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/disp-diff/parcel.aspx?lang=en.

10 On trouvera des requêtes plus récentes dans le document des Nations Unies A/CN.9/WG.II/WP.163, note 4 *supra*.

11 *Aguas del Tunari S.A.* c. *République de Bolivie*, affaire CIRDI n° ARB/02/3, décision concernant l'exception d'incompétence introduite par le défendeur, par. 17 (21 octobre 2005).

12 *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. et Vivendi Universal, S.A.* c. *République d'Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/03/19, Ordonnance répondant à une demande aux fins de transparence et de participation en qualité d'*Amicus Curiae*, par. 10 à 23 (19 mai 2005) ["Ordonnance *Suez* 2005"].

13 *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. et Vivendi Universal, S.A.* c. *République d'Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/03/19, Ordonnance répondant à une demande de cinq organisations non gouvernementales aux fins d'une autorisation de soumettre une communication en qualité d'*Amicus Curiae* (12 février 2007) ["Ordonnance *Suez* 2007"].

14 *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. et InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A.* c. *République d'Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/03/17, Ordonnance répondant à une demande de participation en qualité d'*Amicus Curiae* (17 mars 2006) ["Ordonnance *Aguas*"].

15 Traité de libre-échange entre les États-Unis, les pays d'Amérique centrale et la République dominicaine (28 janvier 2004), 43 I.L.M. 514 (2004), art. 10.20.3 ("*Le Tribunal est habilité à admettre et examiner les mémoires présentés à titre d'*amicus curiae *par une personne ou une entité non contestante*"). L'article 10.20 du Traité établit une distinction entre une Partie non contestante, c'est-à-dire un État contractant au Traité, qui peut présenter au tribunal des communications écrites et orales sur l'interprétation du Traité mais n'est pas partie au différend, et une partie non contestante.

> "*Après consultation des parties, le Tribunal peut permettre à une personne ou entité qui n'est pas partie au différend (appelée dans le présent article la 'partie non contestante') de déposer une soumission écrite auprès du Tribunal relative à une question qui s'inscrit dans le cadre du différend. Afin de déterminer s'il autorise une telle soumission, le Tribunal considère, entre autres, dans quelle mesure:*
> *a) la soumission de la partie non contestante assisterait le Tribunal à trancher une question de fait ou de droit relative à l'instance en y apportant un point de vue, une connaissance ou un éclairage particulier distincts de ceux présentés par les parties au différend;*
> *b) la soumission de la partie non contestante porte sur une question qui s'inscrit dans le cadre du différend;*
> *c) la partie non contestante porte à l'instance un intérêt significatif.*
> *Le Tribunal s'assure que la soumission de la partie non contestante ne perturbe pas l'instance ou qu'elle n'impose pas une charge excessive à l'une des parties ou lui cause injustement un préjudice, et que les deux parties ont la faculté de présenter leurs observations sur la soumission de la partie non contestante*."

20. Une disposition similaire a été introduite à l'article 41-3 du Règlement d'arbitrage (Mécanisme supplémentaire) du CIRDI.

21. Entre 2006 et le 30 juin 2011, des demandes d'*amicus curiae* ont été déposées dans six affaires du CIRDI[16] et, dans deux affaires du CAFTA-DR, des invitations à soumettre des communications ont été faites, notamment sur le site Web du CIRDI, et des communications ont été déposées[17]. Récemment, l'annonce suivante a été mise en ligne sur le site Web du CIRDI:

> "*Conformément à l'article 10.20.3 du Traité de libre-échange entre les États-Unis, les pays d'Amérique centrale et la République dominicaine (CAFTA-DR) et à l'article 37-2 du Règlement d'arbitrage du CIRDI, le Tribunal invite toute personne ou entité n'étant pas une Partie contestante dans la présente procédure arbitrale ou une Partie contractante au CAFTA-DR à demander par écrit l'autorisation de présenter des communications en qualité d'*amicus curiae.
> *Toute demande écrite doit:*
> *1) être envoyée par courrier électronique au CIRDI à l'adresse suivante: icsidsecretariat@worldbank.org avant le mercredi 2 mars 2011;*
> *2) comporter au maximum 20 pages en tout (y compris l'appendice décrit ci-dessous);*
> *3) être rédigée dans une des langues de la procédure, à savoir l'anglais ou l'espagnol;*

---

[16] *Biwater Gauff (Tanzanie) Limited* c. *République-Unie de Tanzanie*, affaire CIRDI n° ARB/05/22; *Piero Foresti, Laura de Carli et al.* c. *République d'Afrique du Sud*, affaire CIRDI n° ARB (AF)/07/1; *Ioan Micula, Viorel Micula et al.* c. *Roumanie*, affaire CIRDI n° ARB/05/20; *Electrabel S.A.* c. *République de Hongrie*, affaire CIRDI n° ARB/07/19; *AES Summit Generation Limited* c. *République de Hongrie*, affaire CIRDI n° ARB/01/4; et *Caratube International Oil Company LLP* c. *République du Kazakhstan*, affaire CIRDI n° ARB/08/12.

[17] *Pac Rim Cayman LLC* c. *République d'El Salvador*, affaire CIRDI n° ARB/09/12; *Commerce Group Corp. et San Sebastian Gold Mines, Inc.* c. *République d'El Salvador*, affaire CIRDI n° ARB/09/17.

*4) être datée et signée par l'auteur ou par un signataire autorisé de l'entité qui fait la demande, confirmant son contenu, et accompagnée de son adresse et autres coordonnées;*

*5) préciser l'identité du requérant et fournir d'autres informations générales le concernant et concernant ses membres s'il s'agit d'une organisation, ainsi que tout lien avec les Parties au différend et toute Partie contractante;*

*6) indiquer si le requérant a reçu directement ou indirectement un appui financier ou autre appui matériel d'une Partie au différend, d'une Partie contractante ou de toute personne liée à l'objet de la procédure arbitrale;*

*7) préciser la nature de l'intérêt que le requérant a dans la procédure arbitrale, et qui le pousse à faire cette demande;*

*8) inclure (en appendice à la demande) une copie des communications écrites du requérant qui seront déposées lors de la procédure arbitrale, étant entendu que l'autorisation accordée par le Tribunal ne vise que des communications relatives à des questions liées à l'objet du différend; et*

*9) expliquer, dans la mesure où cela n'a pas été fait, la ou les raisons pour lesquelles le Tribunal devrait autoriser le requérant à présenter ses communications écrites lors de la procédure arbitrale en qualité d'*amicus curiae."[18]

22. Conformément à l'article 37-2 du Règlement d'arbitrage du CIRDI, le processus de présentation d'un mémoire par une partie non contestante comprend deux étapes: une demande au tribunal aux fins d'être autorisé à déposer un mémoire dans les conditions décrites ci-dessus; et la présentation proprement dite, si le tribunal a fait droit à la demande de la partie non contestante. Pour rendre sa décision, le tribunal se fonde notamment sur les critères énoncés à l'article 37-2. Dans certains cas, la communication est jointe à la demande d'autorisation. Cela peut être permis par des règles s'appliquant spécifiquement à l'espèce, telles que les articles de l'ALENA et du CAFTA-DR sur les communications des parties non contestantes. Un tribunal établit parfois des exigences ou des orientations concernant la communication d'une partie non contestante après avoir fait droit à sa demande. Les tribunaux autorisant une partie non contestante à déposer une communication mettent également en place des garanties procédurales pour préserver l'intégrité de la procédure[19]. Les parties au différend sont généralement autorisées à présenter des observations sur les demandes et communications des parties non contestantes[20]. Le pouvoir du tribunal de juger de l'admissibilité de tout

---

[18] *Pac Rim Cayman LLC* c. *République d'El Salvador*, affaire CIRDI n° ARB/09/12, Ordonnance de procédure concernant les *Amici Curiae* (2 février 2011), disponible à l'adresse: http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=OpenPage&PageType=AnnouncementsFrame&FromPage=Announcements&pageName=Announcement81.

[19] Voir, par exemple, *Piero Foresti, Laura de Carli et al.* c. *République d'Afrique du Sud*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/07/1, Sentence (4 août 2010), par. 28 ("*le Tribunal doit faire en sorte que [la participation des Parties non contestantes] soit à la fois efficace et compatible avec les droits des Parties et l'équité et l'efficacité du processus arbitral*").

[20] Voir, par exemple, *Biwater Gauff (Tanzanie) Limited* c. *République-Unie de Tanzanie*, affaire CIRDI n° ARB/05/22, Ordonnance de procédure n° 5 (2 février 2007), par. 60 et 61. Voir également la Sentence rendue en l'affaire *Foresti*, note 19 *supra*, par. 29 ("*le Tribunal a décidé qu'au vu du caractère nouveau de la procédure concernant les parties non contestantes, une fois toutes les communications écrites et orales présentées, il inviterait les parties et les parties non contestantes à commenter brièvement l'équité et l'efficacité des procédures adoptées en vue de leur participation en l'espèce. Il inclura alors dans la sentence une section destinée à consigner*

élément de preuve présenté dans le cadre de l'affaire et de sa force probante au titre de l'article 34-1 du Règlement d'arbitrage s'étend aux communications écrites de la partie non contestante. Ainsi, il appartient au tribunal d'admettre comme élément de preuve les communications écrites de la partie non contestante une fois déposées et de se fonder sur celles-ci pour rendre sa décision finale.

23. Le droit de soumettre des mémoires en qualité d'*amicus curiae* ne confère aucun autre droit procédural[21]. Il n'y a donc pas d'accès automatique aux documents[22] ni aux audiences[23]. Il y a eu une affaire où les deux parties au différend sont convenues qu'un *amicus curiae* pouvait assister à une partie de l'audience et être appelé à donner des précisions sur son mémoire. Jusqu'à présent, la pratique est que le coût des communications des *amici* est à la charge des parties au différend.

## 4. Audiences

### 4.1 Audiences ouvertes au public

24. Avant 2006, aucune disposition du Règlement du CIRDI n'autorisait clairement des personnes autres que les parties et leurs avocats à assister aux audiences. Le tribunal décidait, avec le consentement des deux parties, qui d'autre que leurs représentants et leurs conseils pouvait assister à l'audience.

25. En 2006, il a été précisé dans l'article 32-2 du Règlement d'arbitrage du CIRDI que le tribunal pouvait permettre à d'autres personnes d'assister aux audiences ou de les observer, sauf si l'une ou l'autre des parties s'y opposait, auquel cas il ne pouvait le faire[24]. Une proposition initiale du Centre, visant à donner au tribunal une certaine latitude, a rencontré une forte opposition. L'article 32-2 du Règlement d'arbitrage du CIRDI se lit comme suit:

> "*Sauf si l'une des parties s'y oppose, le Tribunal, après consultation du Secrétaire général, peut permettre à des personnes, autres que les parties,*

---

*les vues (tant concordantes que divergentes) sur l'équité et l'efficacité de la participation des parties non contestantes en l'espèce et les enseignements qui en découlent*").

21 Ou, comme l'a dit le Tribunal en l'affaire *Biwater*, une "*'partie non contestante' ne devient pas partie à l'arbitrage en raison d'une décision rendue par un tribunal en application de l'article 37, elle reçoit juste une occasion bien définie de présenter une communication précise*", Ordonnance de procédure n° 5 *Biwater*, note 20 *supra*, par. 46.

22 Comparer l'Ordonnance *Suez* 2007, note 13 *supra*, par. 25 (par laquelle l'accès aux documents n'a pas été accordé, entre autres, parce que "*le rôle d'un* amicus curiae *n'est pas de contester les arguments ou les éléments de preuve présentés par les parties*"), et la Sentence rendue en l'affaire *Foresti*, note 19 *supra*, par. 28 (dans laquelle le Tribunal a demandé aux parties de fournir aux *amici curiae* des versions expurgées de leurs mémoires "*afin qu'ils concentrent leurs communications sur les questions soulevées en l'espèce et voient quelles positions les Parties avaient adoptées sur ces questions*").

23 Décision *Suez* 2005, note 12 *supra*, par. 4 à 7, et Décision *Aguas*, note 14 *supra*, par. 5 à 8 (refusant l'accès à la partie non contestante en raison de l'objection des demandeurs). Ordonnance de procédure n° 5 *Biwater*, note 20 *supra*, par. 72 (accès refusé en raison de l'objection du demandeur, le Tribunal notant toutefois qu'il "*se réservait le droit de poser aux requérants des questions précises concernant leur communication écrite et de demander que soient présentés d'autres communications écrites, documents ou éléments de preuves qui permettraient de mieux comprendre la position du requérant, que ce soit avant ou après l'audience*").

24 Voir l'exemple à la note 23 *supra*.

*leurs agents, conseillers et avocats, les témoins et experts au cours de leur déposition, et les fonctionnaires du Tribunal, d'assister aux audiences ou de les observer, en partie ou en leur totalité, sous réserve d'arrangements logistiques appropriés. Le Tribunal définit, dans de tels cas, des procédures pour la protection des informations confidentielles ou protégées*."

26. Une disposition similaire a été introduite à l'article 39-2 du Règlement d'arbitrage (Mécanisme supplémentaire) du CIRDI.

27. L'ALENA et l'article 10.21.2 du CAFTA-DR disposent que les audiences sont publiques, sous réserve que des arrangements logistiques appropriés soient pris pour limiter les perturbations et protéger les informations confidentielles. Dans la pratique, certaines audiences, généralement dans le cadre d'affaires relevant de l'ALENA ou du CAFTA-DR, ont été retransmises dans une salle distincte par télévision en circuit fermé[25] ou en ligne[26]. Dans les deux cas, la retransmission est interrompue chaque fois que des informations confidentielles sont examinées.

### 4.2 Publication de la transcription des audiences

28. Les dispositions relatives aux documents de l'espèce décrites au point 2 ci-dessus s'appliquent également à la publication des transcriptions d'audiences.

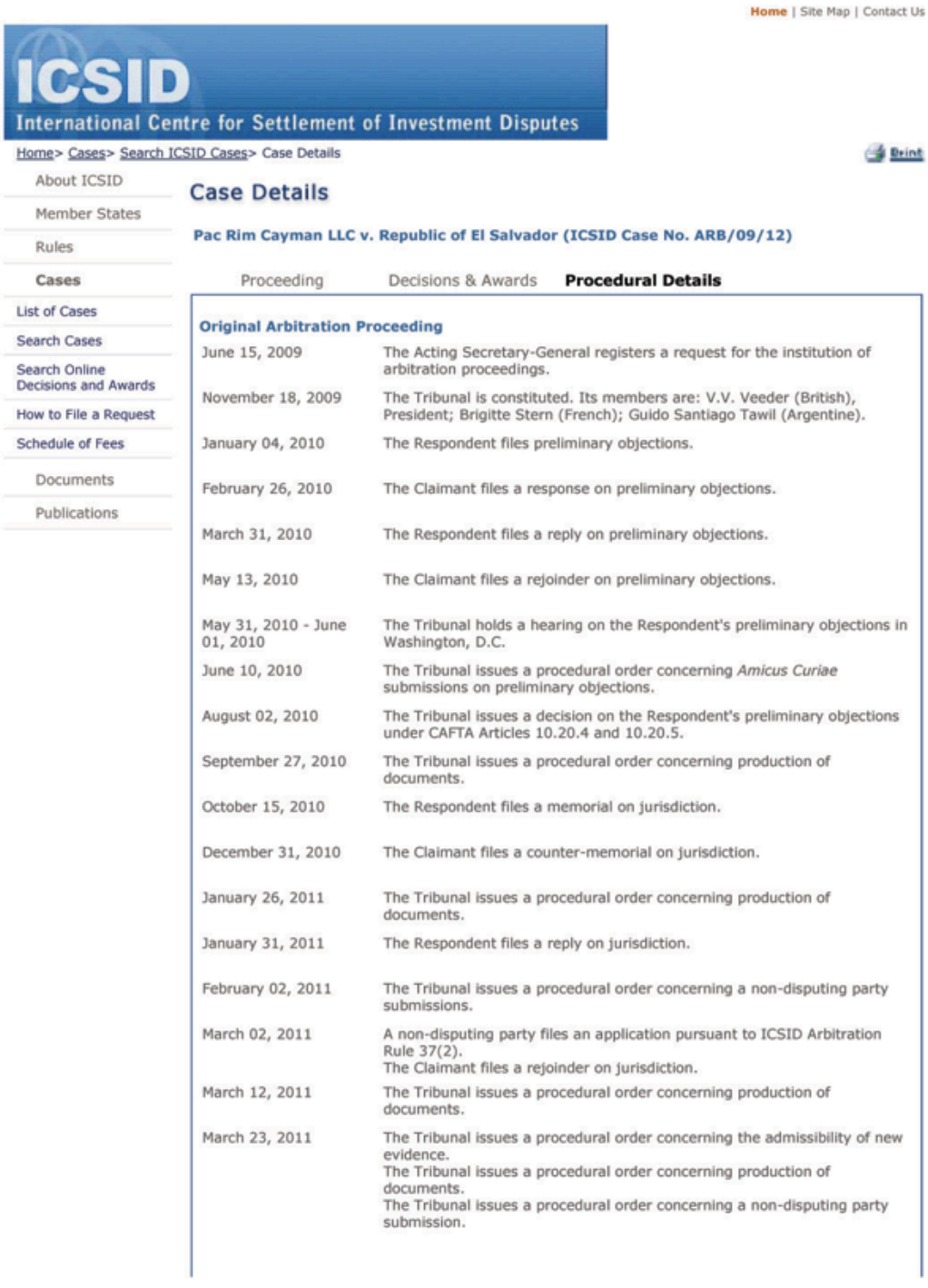
---

[25] Voir, par exemple, *Methanex Corporation* c. *États-Unis d'Amérique*, CNUDCI (ALENA).

[26] Voir, par exemple, la retransmission en ligne sur le site Web du CIRDI de l'audience dans l'affaire *Pac Rim Cayman LLC* c. *République d'El Salvador*, affaire CIRDI n° ARB/09/12, audience publique du 18 mai 2011, CIRDI, http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=OpenPage&PageType=AnnouncementsFrame&FromPage=Announcements&pageName=Announcement89. L'initiative de retransmission en ligne s'inscrit également dans l'action que le Centre mène pour promouvoir une meilleure compréhension du règlement des différends relatifs aux investissements en vertu de la Convention et règlements du CIRDI et contribuer au développement du droit international de l'investissement.

# Annexe I

**Informations relatives à la procédure**
***Pac Rim Cayman LLC* c. *République d'El Salvador* (affaire CIRDI n° ARB/09/12)**



Home | Site Map | Contact Us

ICSID
International Centre for Settlement of Investment Disputes

Home> Cases> Search ICSID Cases> Case Details

Print

About ICSID
Member States
Rules
**Cases**
List of Cases
Search Cases
Search Online Decisions and Awards
How to File a Request
Schedule of Fees
Documents
Publications

## Case Details

**Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador (ICSID Case No. ARB/09/12)**

Proceeding | Decisions & Awards | **Procedural Details**

**Original Arbitration Proceeding**

| | |
|---|---|
| June 15, 2009 | The Acting Secretary-General registers a request for the institution of arbitration proceedings. |
| November 18, 2009 | The Tribunal is constituted. Its members are: V.V. Veeder (British), President; Brigitte Stern (French); Guido Santiago Tawil (Argentine). |
| January 04, 2010 | The Respondent files preliminary objections. |
| February 26, 2010 | The Claimant files a response on preliminary objections. |
| March 31, 2010 | The Respondent files a reply on preliminary objections. |
| May 13, 2010 | The Claimant files a rejoinder on preliminary objections. |
| May 31, 2010 - June 01, 2010 | The Tribunal holds a hearing on the Respondent's preliminary objections in Washington, D.C. |
| June 10, 2010 | The Tribunal issues a procedural order concerning *Amicus Curiae* submissions on preliminary objections. |
| August 02, 2010 | The Tribunal issues a decision on the Respondent's preliminary objections under CAFTA Articles 10.20.4 and 10.20.5. |
| September 27, 2010 | The Tribunal issues a procedural order concerning production of documents. |
| October 15, 2010 | The Respondent files a memorial on jurisdiction. |
| December 31, 2010 | The Claimant files a counter-memorial on jurisdiction. |
| January 26, 2011 | The Tribunal issues a procedural order concerning production of documents. |
| January 31, 2011 | The Respondent files a reply on jurisdiction. |
| February 02, 2011 | The Tribunal issues a procedural order concerning a non-disputing party submissions. |
| March 02, 2011 | A non-disputing party files an application pursuant to ICSID Arbitration Rule 37(2).<br>The Claimant files a rejoinder on jurisdiction. |
| March 12, 2011 | The Tribunal issues a procedural order concerning production of documents. |
| March 23, 2011 | The Tribunal issues a procedural order concerning the admissibility of new evidence.<br>The Tribunal issues a procedural order concerning production of documents.<br>The Tribunal issues a procedural order concerning a non-disputing party submission. |

| | |
|---|---|
| March 31, 2011 | The Tribunal issues a procedural order concerning production of documents. |
| May 02, 2011 - May 04, 2011 | The Tribunal holds a hearing on the Respondent's preliminary objections in Washington, D.C. |
| June 10, 2011 | The parties file post-hearing briefs and statement of costs. |
| June 24, 2011 | Each party files observations on the other party's statement of costs. |

Terms of Use | World Bank Group| Site Feedback
© 2011 International Centre for Settlement of Investment Disputes. All Rights Reserved.

## D. Rapport du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) sur les travaux de sa cinquante-sixième session (New York, 6-10 février 2012) (A/CN.9/741)

**[Original: anglais]**

**TABLE DES MATIÈRES**


*Paragraphes*

I. Introduction . . . . . 1-3

II. Organisation de la session . . . . . 4-10

III. Délibérations et décisions . . . . . 11

IV. Élaboration d'une norme juridique sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités . . . . . 12-116

A. Projet de règlement sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités . . . . . 13-116

1. Article 1-1 – Applicabilité du règlement sur la transparence . . . . . 13-59

2. Article 1-2 – Application du règlement sur la transparence par les parties au litige . . . . . 60-81

3. Article 1-3 – Pouvoir discrétionnaire du tribunal arbitral . . . . . 82-85

4. Article 1-4 – Relation entre le règlement sur la transparence et les dispositions sur la transparence figurant éventuellement dans le traité d'investissement . . . . . 86-94

5. Article 1-5 – Relation entre le règlement sur la transparence et le règlement d'arbitrage applicable . . . . . 95-97

6. Notes afférentes à l'article premier . . . . . 98-102

7. Article 2 – Publication d'informations à l'ouverture de la procédure arbitrale . . . . . 103-110

8. Article 3 – Publication de documents . . . . . 111-116


# I. Introduction

1. À sa quarante-troisième session (New York, 21 juin-9 juillet 2010), en ce qui concerne les travaux futurs dans le domaine du règlement des litiges, la Commission a rappelé qu'elle avait décidé, à sa quarante et unième session (New York, 16 juin-3 juillet 2008)[1], que la question de la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités serait examinée en priorité

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

immédiatement après l'achèvement de la révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Elle a chargé son Groupe de travail II d'élaborer une norme juridique à ce sujet[2].

2. À sa quarante-quatrième session (Vienne, 27 juin-8 juillet 2011), la Commission a rappelé l'engagement qu'elle avait exprimé à sa quarante et unième session, soulignant combien il importait d'assurer la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités. Elle a confirmé que la question de l'applicabilité de la norme juridique sur la transparence aux traités d'investissement existants relevait du mandat du Groupe de travail et présentait un intérêt pratique considérable, compte tenu du nombre important de traités déjà conclus[3]. En outre, elle est convenue que la question de l'intervention éventuelle d'un État partie non contestant dans une procédure arbitrale devait être considérée comme faisant partie intégrante du mandat du Groupe de travail. Il fallait laisser au Groupe de travail le soin d'examiner plus avant la question de savoir si la norme juridique sur la transparence devrait traiter d'un tel droit d'intervention et, dans l'affirmative, quelles seraient la portée et les modalités d'une telle intervention[4].

3. On trouvera dans le document A/CN.9/WG.II/WP.168, aux paragraphes 5 à 12, un historique actualisé de l'examen par la Commission des travaux du Groupe de travail.

## II. Organisation de la session

4. Le Groupe de travail, qui était composé de tous les États membres de la Commission, a tenu sa cinquante-sixième session à New York, du 6 au 10 février 2012. Ont assisté à cette session des représentants des États membres suivants: Afrique du Sud, Algérie, Allemagne, Argentine, Australie, Autriche, Brésil, Bulgarie, Cameroun, Canada, Chili, Chine, Colombie, Égypte, El Salvador, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Grèce, Honduras, Inde, Iran (République islamique d'), Israël, Italie, Japon, Kenya, Malaisie, Maurice, Mexique, Nigéria, Norvège, Ouganda, Pakistan, Philippines, Pologne, République de Corée, République tchèque, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Sénégal, Singapour, Thaïlande, Turquie, Ukraine et Venezuela (République bolivarienne du).

5. Ont assisté à la session des observateurs des États suivants: Bangladesh, Bélarus, Belgique, Croatie, Cuba, Équateur, Finlande, Indonésie, Iraq, Koweït, Luxembourg, Mozambique, Myanmar, Nicaragua, Panama, Pays-Bas, Pérou, République démocratique du Congo, Roumanie, Slovaquie, Suède et Suisse.

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

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

---

[2] Ibid., *soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), par. 190.
[3] Ibid., *soixante-sixième session, Supplément n° 17* (A/66/17), par. 200.
[4] Ibid., par. 202.

a) *Système des Nations Unies*: Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) et Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED);

b) *Organisations intergouvernementales*: Cour permanente d'arbitrage (CPA), Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) et secrétariat de la Charte de l'énergie;

c) *Organisations non gouvernementales invitées*: American Arbitration Association (AAA), American Bar Association (ABA), Association arabe pour l'arbitrage international, Association Droit et Méditerranée (Jurimed), Association européenne des étudiants en droit (ELSA), Association internationale du barreau, Association of the Bar of the City of New York (ABCNY), Association of the Bar of the State of New York, Association suédoise d'arbitrage (SAA), Association suisse de l'arbitrage (ASA), Barreau de Paris, Center for International Environmental Law (CIEL), Center for International Legal Studies (CILS), Centre belge d'arbitrage et de médiation (CEPANI), Chartered Institute of Arbitrators (CIARB), Club d'arbitres de la Chambre d'arbitrage de Milan, Commission interaméricaine d'arbitrage commercial (CIAC), Conseil international pour l'arbitrage commercial, Construction Industry Arbitration Council (CIAC), Corporate Counsel International Arbitration Group (CCIAG), Cour d'arbitrage de Madrid, Cour d'arbitrage international de Londres (LCIA), Cour internationale d'arbitrage, Fédération interaméricaine des avocats, Forum for International Conciliation and Arbitration (FICACIC), Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, Institut international du développement durable (IIDD), Institut international pour l'arbitrage (IAI), Institute of International Commercial Law (IICL), International Federation of Commercial Arbitration Institutions (IFCAI), International Insolvency Institute (III), Miami International Arbitration Society (MIAS), Moot Alumni Association (MAA) du Concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis, Pakistan Business Council (PBC), School of International Arbitration de l'Université Queen Mary de Londres (QMUL), Tehran Regional Arbitration Centre (TRAC) et Union des avocats européens (UAE).

8. Le Groupe de travail a élu le Bureau suivant:

*Président*: M. Salim Moollan (Maurice)

*Rapporteur*: M. Shotaro Hamamoto (Japon)

9. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants: a) ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.II/WP.168); b) note du Secrétariat concernant l'élaboration d'une norme juridique sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités (A/CN.9/WG.II/WP.169 et son additif); c) note du Secrétariat reproduisant les observations d'institutions d'arbitrage sur la création d'un lieu de conservation des informations publiées ("registre") (A/CN.9/WG.II/WP.170 et son additif).

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. Élaboration d'une norme juridique sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités.

5. Organisation des travaux futurs.

6. Questions diverses.

7. Adoption du rapport.

# III. Délibérations et décisions

11. 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.169 et son additif; et A/CN.9/WG.II/WP.170 et son additif). Il est rendu compte de ses délibérations et décisions sur ce point au chapitre IV.

# IV. Élaboration d'une norme juridique sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités

12. Le Groupe de travail a rappelé le mandat que la Commission lui avait confié à sa quarante-troisième session, énoncé dans le paragraphe 1 ci-dessus, et l'importance d'assurer la transparence de l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités. Il a repris ses travaux sur l'élaboration d'une norme juridique sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités, sur la base du document A.CN.9/WG.II/WP.169 et de son additif et de l'avant-projet de règlement sur la transparence qui y figure.

## A. Projet de règlement sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités

### 1. Article 1-1 – Applicabilité du règlement sur la transparence

13. Le Groupe de travail a examiné l'article 1-1 figurant au paragraphe 8 du document A/CN.9/WG.II/WP.169.

***Article 1-1 tel qu'il figurait au paragraphe 8 du document A/CN.9/WG.II/WP.169***

14. L'article 1-1 comportait deux options et des variantes. Selon la première option, la "clause d'exclusion expresse", le règlement sur la transparence s'appliquerait en tant que complément du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI dans le cadre de traités d'investissement prévoyant que les arbitrages sont régis par le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, à moins que le traité d'investissement ne dispose que le règlement sur la transparence ne s'applique pas. Cette option comportait deux variantes. La première variante prévoyait que le règlement sur la transparence s'appliquerait aux traités conclus après la date de son adoption (dénommés "futurs traités d'investissement") et la deuxième, qu'il s'appliquerait aux traités futurs et, dans certains cas, à ceux conclus avant la date d'adoption du règlement (dénommés "traités d'investissement existants"). Selon la deuxième

option, ou “clause d’acceptation expresse”, le règlement sur la transparence s’appliquerait lorsque les Hautes Parties Contractantes (dénommées “Partie(s)”) à un traité d’investissement consentent expressément à son application. La deuxième option comportait deux variantes. La première variante prévoyait l’application du règlement sur la transparence aux arbitrages quel que soit le règlement d’arbitrage applicable. La deuxième limitait le champ d’application du règlement sur la transparence aux arbitrages engagés conformément au Règlement d’arbitrage de la CNUDCI.

15. On a souligné que les options 1 et 2 avaient des orientations différentes. La première option prévoyait l’application de principe du règlement sur la transparence, à moins que les Parties à un traité d’investissement n’en conviennent autrement, l’exclusion du règlement sur la transparence devant alors être négociée par la partie favorable à l’exclusion. En revanche, la deuxième option prévoyait l’application du règlement sur la transparence uniquement en cas de convention expresse des Parties à un traité d’investissement en ce sens, l’application de la transparence devant alors être négociée par la partie favorable à la transparence.

16. Selon un point de vue largement partagé, compte tenu du mandat confié par la Commission au Groupe de travail, l’article 1-1 devrait être rédigé de façon à permettre une large application du règlement sur la transparence. L’avis a été exprimé que cette application devrait respecter les principes du droit international en vertu desquels les États ne sauraient être liés sauf à y consentir. Des avis divergents ont été exprimés quant à la manière dont ce consentement devait être exprimé.

*Clause d’exclusion expresse, traités futurs (option 1, variante 1)*

17. Des avis ont été exprimés en faveur de la première variante de l’option 1. On a précisé que le consentement à appliquer le règlement sur la transparence serait exprimé si, dans les traités d’investissement, les parties mentionnaient le Règlement d’arbitrage de la CNUDCI, étant entendu que celui-ci incluait le règlement sur la transparence (A/CN.9/736, par. 20). On a dit que cette solution constituait le meilleur moyen de mener à bien le mandat confié par la Commission au Groupe de travail en vue de promouvoir la transparence dans l’arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités. On a en outre dit que si le règlement sur la transparence s’appliquait conjointement avec le Règlement d’arbitrage de la CNUDCI, rien n’empêchait les Parties à un traité d’investissement d’en faire une application générale, indépendamment du règlement d’arbitrage applicable.

18. On a précisé que l’option 1, première variante n’était pas destinée à rendre le règlement sur la transparence applicable aux traités d’investissement conclus avant la date d’adoption dudit règlement. Afin de montrer clairement que la première variante de l’option 1 ne s’appliquerait pas aux traités d’investissement existants, il a été suggéré de remplacer les mots entre crochets “[à la version applicable du]” par une référence au Règlement d’arbitrage de la CNUDCI de 2010.

*Clause d’exclusion expresse, traités futurs et certains traités existants (option 1, variante 2)*

19. On s’est inquiété de ce que la variante 1 de l’option 1 ne réglementait pas la question de l’applicabilité du règlement sur la transparence aux traités

d'investissement existants. On a souligné que la variante 2 de cette option contenait une phrase supplémentaire qui prévoyait que le règlement sur la transparence s'appliquait également si le traité prévoyait l'application de la version du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI en vigueur à la date d'ouverture de l'arbitrage. Les représentants qui estimaient qu'il était important de se référer aux traités d'investissement existants ont souligné que quelque 3 000 traités de ce type étaient en vigueur à l'heure actuelle et que la plupart des arbitrages entre investisseurs et États qui surviendraient les prochaines années se rapporteraient à un traité existant. Il a été dit que la variante 2 atteignait l'objectif consistant à assurer une application plus large du règlement sur la transparence, ce qui était conforme au mandat confié par la Commission au Groupe de travail. Il a aussi été dit que, comme le règlement s'appliquerait uniquement lorsque le traité d'investissement existant le permettait, la variante 2 de l'option 1 n'aurait pas d'effet rétroactif.

20. L'avis a été exprimé qu'une référence dans les traités d'investissement au "Règlement d'arbitrage de la CNUDCI" sans autre précision concernant la version visée pourrait être interprétée comme une "référence dynamique" englobant toutes les évolutions possibles du Règlement. Il a été dit que rares étaient les traités d'investissement qui comprenaient une formule telle que celle proposée dans la variante 2 de l'option 1. Par conséquent, il a été proposé, pour les besoins de la rédaction et pour assurer une application plus large du règlement sur la transparence aux arbitrages relevant de traités existants, de prévoir dans cette variante que ce règlement s'appliquerait lorsque le traité d'investissement ne renvoyait pas expressément à la version de 1976 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

21. Toutefois, des réserves ont été exprimées concernant la variante 2 de l'option 1. Il a été dit que la version de 1976 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI ne contenait pas de disposition concernant l'évolution possible du Règlement. Dans ce contexte, on a noté que le paragraphe 2 de l'article premier de la version révisée en 2010 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI disposait que le Règlement de 2010 était présumé s'appliquer lorsque la convention d'arbitrage avait été conclue après le 15 août 2010, mais que cette présomption ne s'appliquait pas lorsque la convention d'arbitrage avait été conclue par acceptation, après le 15 août 2010, d'une offre faite avant cette date.

22. En outre, on a dit que, pour assurer l'application du règlement sur la transparence aux traités d'investissement existants, il pourrait être nécessaire de renvoyer à ce règlement dans le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Il n'était pas sûr que les tribunaux arbitraux appliqueraient le règlement sur la transparence, surtout lorsque les traités existants renvoyaient au "Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976", puisque les tribunaux arbitraux pourraient considérer que le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976 différait du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976 tel que modifié, par exemple en 2013, pour inclure le règlement sur la transparence.

23. Par conséquent, pour les traités d'investissement existants, il a été suggéré qu'il faudrait examiner plus avant des solutions telles que celles décrites aux paragraphes 15 à 23 du document A/CN.9/WG.II/WP.166/Add.1.

*Clause d'acceptation expresse*

24. Certains représentants se sont dits favorables à l'option 2 car cette solution garantissait que les États avaient pris sciemment la décision d'appliquer le règlement. Il a été rappelé que les représentants qui, initialement, avaient exprimé une préférence pour une norme juridique qui prendrait la forme de principes directeurs, avaient accepté de discuter d'un règlement étant entendu que ce dernier s'appliquerait uniquement lorsqu'il y serait fait référence de manière claire et explicite (clause "d'acceptation expresse") (voir A/CN.9/717, par. 26 et 58).

25. Il a aussi été dit que la clause d'acceptation expresse était conforme au droit international public et à la pratique. Il a été souligné que la conclusion de traités d'investissement engendrait des obligations pour les États, qui étaient validées par une procédure interne. Il n'était pas possible de modifier ultérieurement ces obligations en ajoutant simplement un appendice au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

*Clause d'acceptation expresse, applicabilité quel que soit le règlement d'arbitrage choisi (option 2, variante 1)*

26. À l'appui de la variante 1 de l'option 2, il a été dit qu'en appliquant le règlement sur la transparence indépendamment du règlement d'arbitrage choisi, on assurerait une application plus large du règlement sur la transparence, ce qui permettrait au Groupe de travail de s'acquitter au mieux de son mandat, à savoir promouvoir la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités.

*Clause d'acceptation expresse, applicabilité limitée au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (option 2, variante 2)*

27. Des avis ont été exprimés en faveur de la variante 2 de l'option 2, se fondant sur le fait que le règlement sur la transparence devrait être rédigé conformément aux principes fondamentaux du droit international public en vertu desquels les Parties à des traités d'investissement ne sauraient être liés sauf à consentir explicitement au traité d'investissement. Selon les délégations qui étaient de cet avis, la variante 2 de l'option 2 assurerait aussi cohérence et prévisibilité.

*Propositions*

28. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a noté qu'à sa session en cours, l'option 1 avait été appuyée davantage qu'à la cinquante-cinquième session (A/CN.9/736, par. 30) et que l'option 2 avait également été appuyée. Plusieurs propositions ont été faites pour concilier les deux approches.

29. Il a été proposé de préparer à la fois un appendice au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI et un texte autonome sur la transparence. Selon ses partisans, cette approche favoriserait une large application du règlement sur la transparence. Il a été précisé que la Commission avait laissé au Groupe de travail une grande liberté pour ce qui était de la forme que pourrait prendre la norme juridique sur la transparence, qui pourrait notamment être celle d'une annexe au Règlement d'arbitrage de la

CNUDCI[5]. En faveur d'un texte autonome, il a été ajouté que les institutions d'arbitrage mentionnées dans le document A/CN.9/WG.II/WP.170 et Add.1 avaient fait observer que le règlement sur la transparence, sous sa forme actuelle, pourrait fonctionner conjointement avec leurs propres règlements. Il a toutefois été demandé s'il était nécessaire d'établir deux instruments distincts, puisque les parties demeureraient libres d'adhérer au régime de transparence, que celui-ci apparaisse sous forme de règles autonomes ou d'une annexe au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

30. Il a été suggéré d'inclure dans le règlement sur la transparence une disposition encourageant les tribunaux arbitraux à l'utiliser comme lignes directrices pour la conduite de la procédure. Des questions ont été soulevées quant à la nécessité d'une telle disposition.

31. Il a été proposé en outre de concilier les deux options comme suit: "[L]e Règlement sur la transparence s'applique à l'arbitrage entre investisseurs et États engagé en vertu d'un traité prévoyant la protection des investissements ou des investisseurs lorsque les Parties sont convenues de son application, soit expressément dans le traité, à l'origine ou par une modification de celui-ci, soit dans des déclarations réciproques des Parties au traité, ou de toute autre manière, sous réserve d'une modification éventuellement convenue par les Parties. Si l'arbitrage est mené conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI et si les Parties conviennent que la version révisée en 2010 de ce Règlement s'applique, on considèrera qu'il inclut également le Règlement sur la transparence."

32. Après discussion, l'approche suivante s'est dégagée. L'article 1-1 pourrait contenir une disposition soulignant d'abord le caractère consensuel de l'application du règlement sur la transparence, en précisant que celui-ci s'applique lorsque le décident les Parties à un traité d'investissement ou les parties au litige. Par ailleurs, pour ce qui est des traités d'investissement futurs, le règlement sur la transparence s'appliquerait si ces traités contiennent une référence au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, sauf si les Parties au traité en décident autrement. En outre, il était entendu qu'une référence expresse aux versions 1976 ou 2010 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI ne pouvait laisser présumer que le règlement sur la transparence s'applique. S'agissant des traités d'investissement existants, les avis ont divergé sur la question de savoir si l'article 1-1 devrait contenir un libellé destiné à préserver l'application du règlement sur la transparence lorsque le traité d'investissement permettait l'application de la version la plus à jour du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, ou s'il devrait rester muet sur la question.

***Projet révisé d'article 1-1 ("la proposition révisée")***

33. Les discussions du Groupe de travail ont donné lieu à une proposition de version révisée de l'article 1-1 se lisant comme suit: "Sous réserve des règles de droit international applicables à l'interprétation des traités: 1) Le présent Règlement s'applique à l'arbitrage entre investisseurs et États engagé conformément à un traité prévoyant la protection des investissements ou des investisseurs (le 'traité') lorsque a) les Parties au traité sont convenues de son application; ou b) les parties au litige sont convenues de son application. 2) En particulier, dans un traité conclu après

---

[5] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-troisième session, Supplément n° 17* (A/63/17), par. 314.

[date d'adoption du Règlement sur la transparence], une référence dans celui-ci au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI sera présumée inclure le Règlement sur la transparence, à moins que les Parties au traité n'en décident autrement, par exemple en faisant référence à une version du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI qui n'inclut pas le Règlement sur la transparence."

34. Le Groupe de travail a examiné quant au fond la proposition figurant à l'article 33 ci-dessus (dénommée "la proposition révisée").

*Paragraphe 1 de la proposition révisée – Accord entre les Parties à un traité d'investissement ou entre les parties au litige*

35. Le paragraphe 1 de la proposition révisée prévoyait que le règlement sur la transparence s'appliquait lorsque les Parties à un traité d'investissement ou les parties au litige étaient convenues de son application. Il permettait une application large du règlement sur la transparence, dans la mesure où il n'en limitait pas l'application aux arbitrages engagés conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

36. Il a été proposé de modifier l'alinéa a) du paragraphe 1 de la proposition révisée pour indiquer que les Parties à un traité d'investissement étaient convenues expressément, et non simplement convenues, de son application, afin de ne laisser subsister aucun doute sur la manière dont ils devraient exprimer leur consentement. Dans ce contexte, l'avis a été exprimé que le chapeau de la proposition révisée – "Sous réserve des règles de droit international applicables à l'interprétation des traités:" – n'était pas souhaitable parce que le tribunal arbitral pourrait être fondé à interpréter que les Parties à un traité d'investissement avaient donné leur consentement sans que cela soit le cas. Il a donc été proposé de le supprimer.

37. Il a été suggéré que l'alinéa b) du paragraphe 1 de la proposition révisée, qui visait à permettre l'application du règlement sur la transparence par les parties au litige lorsqu'elles en sont convenues, soit supprimé parce qu'il pourrait être source de confusion quant au champ d'application du règlement. Par ailleurs, on s'est demandé si les parties au litige pourraient décider d'appliquer le règlement alors que les Parties au traité d'investissement elles-mêmes n'étaient pas convenues de son application.

38. Il a aussi été noté que le paragraphe 1 de la proposition révisée ne mentionnait aucune indication de temps, et des questions ont été soulevées concernant l'impact de cette disposition sur les traités d'investissement existants (voir ci-après, par. 47 à 53).

*Paragraphe 2 de la proposition révisée – Application aux traités d'investissement futurs*

39. Le paragraphe 2 de la proposition révisée prévoyait que, pour les traités d'investissement futurs, une référence dans ces traités au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI serait présumée inclure le règlement sur la transparence. Il précisait que, si les parties faisaient référence à la version 2010 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, le règlement sur la transparence ne s'appliquerait pas.

40. Il a été dit que la présomption du paragraphe 2 selon laquelle le règlement sur la transparence s'appliquerait si le traité d'investissement contenait une référence au

Règlement d'arbitrage de la CNUDCI soulevait des questions quant à la forme que prendrait le règlement sur la transparence. Il a été dit qu'une telle présomption supposait que le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI soit modifié afin d'y inclure le règlement sur la transparence. On s'est demandé si la modification du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI faisait partie du mandat du Groupe de travail. En réponse à cette question, il a été précisé que la Commission, lorsqu'elle était convenue que la question de la transparence serait traitée dans le cadre de travaux futurs, avait déclaré que l'élaboration d'un tel instrument pourrait inclure la rédaction d'une annexe au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI[6].

41. Il a été suggéré que la question de la forme que prendrait le règlement sur la transparence – règles autonomes ou appendice au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI – soit examinée en tant que point initial et séparé, avant d'engager des travaux fondés sur l'hypothèse que le règlement sur la transparence serait incorporé dans le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Il a été répondu que cette question était intrinsèquement liée à la question générale traitée dans l'article 1-1.

*Référence aux traités d'investissement existants dans l'article 1-1*

42. Le Groupe de travail a examiné la question de savoir si l'article 1-1 devrait traiter de l'application du règlement sur la transparence aux traités d'investissement existants. Il a été rappelé qu'en ce qui concerne les traités d'investissement existants, les avis divergeaient sur la question de savoir si l'article 1-1 devrait contenir une formule destinée à préserver l'application du règlement sur la transparence lorsque le traité d'investissement permettait l'application de la version la plus à jour du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (appelée dans les discussions "interprétation dynamique des traités d'investissement"), ou s'il devrait rester muet sur la question (voir le paragraphe 20 ci-dessus). Des avis divergents ont été exprimés, qui pourraient être classés en trois catégories: ceux en faveur de l'inclusion d'une disposition selon laquelle le règlement sur la transparence ne s'appliquerait pas aux traités existants en vertu d'une interprétation dynamique de ces traités d'investissement; ceux exprimant une préférence pour l'application du règlement sur la transparence aux traités d'investissement existants, lorsque cela était autorisé, en vertu d'une interprétation dynamique des traités d'investissement; et ceux partisans de ne pas prévoir de règle en la matière.

*– Application limitée aux traités d'investissement futurs*

43. Des avis ont été exprimés en faveur d'une limitation de l'application du règlement sur la transparence aux traités d'investissement futurs. Il a été rappelé que s'agissant des traités d'investissement existants, le Groupe de travail était convenu d'examiner plusieurs solutions, notamment des recommandations ou une convention, et que le règlement sur la transparence ne devrait pas s'appliquer aux traités d'investissement existants, à moins que les Parties au traité n'expriment leur consentement sur ce point. Les partisans de l'acceptation expresse ont dit qu'ils acceptaient d'envisager le paragraphe 2 de la proposition révisée sur la base d'une application du règlement sur la transparence limitée aux traités d'investissement futurs.

---

[6] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-troisième session, Supplément n° 17* (A/63/17), par. 313 et 314.

44. À l'appui d'une application du règlement sur la transparence limitée aux traités d'investissement futurs, il a été dit que les États ne pouvaient être placés dans une situation où ils devraient rouvrir des négociations ou faire une déclaration sur l'interprétation de chacun de leurs traités d'investissement existants pour préciser si le règlement sur la transparence s'appliquait ou non.

45. Dans ce contexte, il a été jugé important d'indiquer dans le champ d'application du règlement sur la transparence comment il entrerait en jeu. Il a été dit que, si le règlement sur la transparence était utilisé conjointement avec le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (version révisée en 2010), l'article 1-2 de celui-ci s'appliquerait. Il a été suggéré d'inclure dans le règlement sur la transparence une disposition similaire à l'article 1-2 pour éviter que les deux textes comportent une règle distincte sur l'application temporelle. Si le règlement sur la transparence devait prendre la forme d'un texte autonome, cela pourrait limiter la possibilité de son application dans le contexte de traités d'investissement existants. Cependant, il a été dit que, même si le règlement devait prendre la forme d'un texte autonome, les tribunaux arbitraux pourraient le considérer comme faisant partie du régime d'arbitrage de la CNUDCI le plus à jour et donc l'appliquer.

46. Afin d'éviter que le règlement sur la transparence ne s'applique aux traités d'investissement existants sans le consentement exprès des parties, il a été suggéré de préciser qu'il ne s'appliquerait que si, après sa date d'entrée en vigueur, les parties convenaient expressément de son application.

*– Traités d'investissement futurs et existants*

47. Des avis contraires ont été exprimés selon lesquels, compte tenu du nombre de traités d'investissement déjà conclus, le règlement devrait s'appliquer aux traités d'investissement existants lorsque ceux-ci permettaient cette application.

48. En ce qui concerne la proposition révisée, il a été noté que le paragraphe 1 n'excluait pas l'interprétation dynamique d'une référence au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI dans les traités d'investissement existants, puisqu'il ne portait que sur l'accord des parties d'appliquer le règlement sur la transparence. Il a été dit toutefois qu'on pouvait comprendre que le deuxième paragraphe de la proposition révisée écartait une telle interprétation dynamique en excluant l'application du règlement sur la transparence lorsqu'il était fait référence à une version du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI qui ne l'incluait pas. Il a également été dit que l'interprétation dynamique était largement reconnue en droit international public et on a donné l'exemple de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice relative au plateau continental. Il a été dit en outre que permettre une telle interprétation dynamique était une décision de principe et qu'il serait regrettable de ne pas la permettre, puisqu'elle servirait le mieux le mandat du Groupe de travail.

49. Face à ces préoccupations, il a été dit que le consentement implicite était reconnu en droit international public et on a donné comme exemples le forum prorogatum en ce qui concerne la juridiction et l'article 20 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (1969)[7]. En réponse, il a été dit que ces exemples n'étaient pas pertinents pour les affaires examinées par le Groupe de travail.

---

[7] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, p. 331.

– *Pas de disposition spécifique concernant les traités d'investissement existants*

50. Il a été dit que le Groupe de travail devrait se garder de prévoir une règle d'interprétation du champ d'application du règlement sur la transparence en ce qui concerne les traités d'investissement existants. Il a été dit également qu'il serait préférable de traiter la question par des moyens tels que ceux mentionnés aux paragraphes 15 à 23 du document A/CN.9/WG.II/WP.166/Add.1. Il a été dit en outre qu'une disposition sur l'application du règlement sur la transparence figurant dans celui-ci serait dénuée de tout effet juridique, puisqu'il s'agissait d'une question d'interprétation des traités qui dépendait des conditions spécifiques de chacun d'entre eux.

51. Il a été suggéré que le texte du règlement sur la transparence devrait viser uniquement les traités d'investissement futurs mais que rien dans le texte ne devrait être interprété comme interdisant qu'il s'applique aux traités d'investissement existants si les Parties à ces traités en décidaient ainsi. Il a donc été suggéré de ne pas traiter la question dans le règlement sur la transparence.

52. Il a été répondu à cela que le Groupe de travail avait pour mandat de définir clairement un champ d'application afin d'éviter des incertitudes donnant lieu à des différends sur l'interprétation. Le champ d'application du règlement sur la transparence devrait être déterminé de manière à lever toute ambiguïté, et il a été précisé que les efforts du Groupe de travail visaient à définir la règle d'application la plus largement acceptable en tenant compte des divergences de vues concernant l'effet que le règlement sur la transparence devrait avoir sur les traités d'investissement existants.

53. Dans le cadre des discussions à ce sujet, il a été dit qu'il vaudrait mieux éviter toute terminologie suggérant que les États pourraient être astreints à une règle sauf à prendre des mesures d'exclusion expresse, car cela pourrait soulever des inquiétudes inutiles parmi les États et polariser les débats.

***Remarques générales sur l'article 1-1***

54. À l'issue de la discussion, il a été noté que de nombreuses délégations s'étaient écartées de leurs positions initiales pour se tourner vers la recherche d'une solution et s'étaient dites disposées à continuer de s'efforcer d'aboutir à une solution de compromis. Dans ce contexte, le Groupe de travail a été invité à examiner l'approche suivante. Pour les traités d'investissement conclus après la date d'entrée en vigueur du règlement sur la transparence (les traités futurs), une référence au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI inclurait une référence au règlement sur la transparence à moins que les États parties n'en conviennent autrement, ce qu'ils pourraient faire en choisissant une version antérieure du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (c'est-à-dire le Règlement de 2010). Pour les traités d'investissement existants, le règlement sur la transparence ne s'appliquerait que si les parties y avaient expressément consenti, le libellé précisant qu'il ne pouvait y avoir d'interprétation dynamique des traités d'investissement existants ayant pour effet de rendre le règlement sur la transparence applicable à ces traités.

55. Les délégations ont ensuite examiné avec soin la proposition figurant au paragraphe 54 ci-dessus, considérée comme reflétant l'opinion majoritaire. Il a été dit qu'au cours de la session, le champ d'application du règlement sur la

transparence, question complexe aux implications importantes quant aux principes, avait suscité de nombreuses prises de paroles. Il a été noté que les positions à cet égard – axées sur deux questions: i) s'il était préférable de retenir la solution de l'acceptation expresse ou de l'exclusion expresse, et ii) s'il fallait maintenir la possibilité d'une interprétation dynamique des traités existants – avaient évolué vers un compromis, les délégations dont l'avis était fortement contraire à celui de la majorité faisant des concessions en échange du choix de leur solution préférée sur d'autres questions. Ceci constituait la base de la proposition figurant au paragraphe 54 ci-dessus.

56. Certains avis divergents ont été rappelés: d'une part, l'article 1-1 devrait ménager la possibilité d'une application juridique du règlement sur la transparence aux traités d'investissement existants – ou rien dans le règlement ne devrait interdire une telle application – et d'autre part, l'approche de l'acceptation expresse était préférable, avec le règlement sur la transparence prenant la forme d'un texte autonome.

57. Le Groupe de travail a chargé le Secrétariat de préparer une version unique révisée de l'article 1-1 tenant compte de la proposition contenue au paragraphe 54. Les délégations pour lesquelles il avait été difficile d'approuver la proposition ont été invitées à se demander si elles pourraient juger ce compromis acceptable avant la prochaine session du Groupe de travail. Il a également été noté que certaines délégations s'étaient dites préoccupées par le fait qu'il pourrait être difficile d'exclure toute possibilité d'interprétation dynamique (comme on cherchait à le faire) si le règlement sur la transparence était présenté comme un appendice au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Le Secrétariat a donc été prié de fournir une analyse des incidences de la présentation du règlement sur la transparence sous la forme d'un appendice au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI ou d'un texte autonome.

58. Quelques délégations sont restées opposées au fait d'associer le règlement sur la transparence au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI et ont tenu à préciser que des règles autonomes garantiraient le consentement conscient et explicite des Parties au règlement sur la transparence. Ces délégations ont estimé qu'on éviterait ainsi que, par interprétation dynamique, le règlement sur la transparence devienne applicable aux traités d'investissement existants sans le consentement exprès des Parties au traité. Quelques délégations ont répété que l'interprétation dynamique était juridiquement possible et qu'elles n'étaient pas prêtes à accepter une "interdiction générale" qui empêcherait la mise en œuvre effective des dispositions des traités d'investissement selon lesquelles les Parties devaient bénéficier, dans le cadre d'arbitrages en vertu de ces traités, des dispositions les plus à jour du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, soit dans ce cas du règlement sur la transparence.

59. Il a été précisé que les délégations pour lesquelles il resterait difficile d'approuver la proposition formulée au paragraphe 54 ci-dessus et qui souhaitaient toujours proposer une autre solution (en faveur de l'acceptation expresse ou d'une interprétation dynamique), pourraient le faire à la prochaine session du Groupe de travail sur la base des propositions contenues dans le paragraphe 8 du document A/CN.9/WG.II/WP.169. Il a été noté que certaines délégations avaient indiqué qu'il pourrait être possible de trouver un libellé donnant aux États qui souhaitaient exclure toute possibilité d'interprétation dynamique de leurs traités une certitude sur

ce point, tout en conservant la possibilité d'une telle interprétation dynamique pour d'autres États. Ces délégations ont été invitées à coordonner leurs efforts et à communiquer au Secrétariat leurs suggestions de formulation à cet égard pour examen par le Groupe de travail.

## 2. Article 1-2 – Application du règlement sur la transparence par les parties au litige

60. Le Groupe de travail a examiné l'article 1-2, tel qu'il figurait au paragraphe 8 du document A/CN.9/WG.II/WP.169, qui interdisait aux parties au litige d'exclure l'application du règlement sur la transparence ou d'y déroger une fois qu'il avait été adopté par les Parties au traité d'investissement (A/CN.9/736, par. 32 à 36). Il a été rappelé au Groupe de travail que dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités, un rapport juridique s'établissait à deux niveaux, d'une part entre les Parties au traité d'investissement et d'autre part entre les parties au litige, c'est-à-dire l'investisseur et l'État.

### *Article 1-2 tel qu'il figurait au paragraphe 8 du document A/CN.9/WG.II/WP.169*

61. On a expliqué que l'objet du paragraphe 2 était d'interdire aux parties au litige de déroger à l'offre d'arbitrage transparent au motif qu'il ne serait pas judicieux que les parties au litige reviennent sur une décision prise en la matière par les Parties au traité d'investissement. En outre, le règlement sur la transparence visait à servir non seulement l'investisseur et l'État d'accueil, mais aussi le public en général, si bien qu'il n'appartenait pas aux parties au litige de renoncer aux dispositions sur la transparence adoptées par les Parties au traité d'investissement.

62. Des observations ont été formulées sur l'interaction entre le paragraphe 2 et les dispositions du traité et le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

63. Il a été suggéré de supprimer le paragraphe 2 au motif qu'il était redondant puisque la question qu'il traitait était généralement couverte par le traité d'investissement. En réponse, il a été dit que, lorsque le règlement sur la transparence fonctionnerait conjointement avec le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, l'article 1-1 de ce dernier s'appliquerait et permettrait aux parties de modifier toute disposition. Par conséquent, il serait nécessaire de préciser que le règlement sur la transparence, censé répondre au besoin de protection de l'intérêt public, ne pourrait être modifié par les parties au litige.

64. Il a également été proposé d'ajouter au paragraphe 2 l'expression "sauf disposition contraire du traité", afin de préciser que les dispositions du traité d'investissement prévaudraient en cas de conflit et que la règle du paragraphe 2 pourrait être supplantée par une disposition du traité. On s'est interrogé sur la nécessité d'un tel ajout.

65. Il a été demandé comment le règlement sur la transparence fonctionnerait conjointement avec l'article 1-3 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (version révisée en 2010), selon lequel les dispositions impératives de la loi applicable prévalaient. Il a également été demandé comment les parties au litige pourraient être contraintes à se conformer au règlement sur la transparence au cas où celui-ci serait contraire à la loi applicable. Un effet possible, a-t-on dit, serait que les parties choisiraient, comme lieu de l'arbitrage, un État dont les législations impératives ne seraient pas favorables à la transparence.

66. S'agissant du libellé, on a souligné que le paragraphe 2 mentionnait les parties au litige, mais pas le tribunal arbitral. On a appelé l'attention sur l'article 17-1 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 2010, qui prévoyait que le tribunal arbitral pouvait procéder à l'arbitrage comme il le jugeait approprié. Il a été suggéré de préciser si, et dans quelle mesure, les tribunaux arbitraux seraient autorisés à s'écarter du règlement sur la transparence, ou à en atténuer les effets, lorsque ce dernier s'appliquait conjointement avec le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

67. Par ailleurs, il a été dit que le paragraphe 2 souffrait d'un certain manque de souplesse, ce qui n'était peut-être pas souhaitable au vu de la nécessité d'assurer l'efficacité de la procédure arbitrale. À cet égard, il a été proposé d'autoriser le tribunal arbitral à s'écarter du règlement sur les questions pratiques, telles que l'ajustement des délais. Pour ce qui est de la manière dont le tribunal arbitral pourrait être autorisé à procéder à ces ajustements, il a été proposé soit d'inclure une disposition en ce sens au paragraphe 2, soit d'adapter chaque disposition du règlement en conséquence. Il a été proposé d'ajouter la phrase suivante à la fin du paragraphe 2: "À la demande [des parties au litige] [d'une partie au litige], le tribunal arbitral peut exercer son pouvoir discrétionnaire en décidant de ne pas appliquer ou d'appliquer en les modifiant certaines dispositions du présent Règlement s'il juge qu'une application stricte du texte entraînerait des coûts excessifs par rapport au montant en litige, perturberait ou alourdirait à l'excès la procédure arbitrale, ou causerait un préjudice injustifié à l'une des parties au litige."

68. On a fait observer qu'il pourrait être nécessaire de s'écarter du règlement sur la transparence pour d'autres raisons, notamment des raisons d'ordre public. Par conséquent, il ne fallait pas limiter la capacité du tribunal arbitral de s'écarter du règlement. En réponse à ce commentaire et pour éviter le risque d'érosion du règlement qui pourrait résulter d'une approche aussi large, il a été suggéré plutôt de recenser les questions sur lesquelles il ne serait pas permis de s'écarter du règlement. À ce sujet, on s'est demandé s'il serait possible de dresser une liste exhaustive de ces questions.

69. Il a aussi été suggéré de conserver le paragraphe 2 en l'état et de traiter la possibilité de s'écarter du règlement à l'article 1-3 du règlement, qui régissait la manière dont le tribunal arbitral devait exercer son pouvoir discrétionnaire. À cela, il a été répondu que la possibilité de s'écarter du règlement exigerait de fixer un seuil plus élevé que le simple fait d'exercer son pouvoir discrétionnaire lorsque le règlement le permettait. L'article 1-3 avait pour objet de définir la manière dont le tribunal arbitral exercerait le pouvoir discrétionnaire expressément prévu dans le règlement. On a estimé que la question des conditions dans lesquelles il serait permis de s'écarter du règlement était une question à part.

70. Il a été proposé en outre de permettre aux parties au litige, plutôt qu'au tribunal arbitral, de s'écarter ainsi du règlement, à condition que toutes l'acceptent. Dans ce contexte, l'avis a été exprimé que le rôle du tribunal arbitral était de statuer sur des litiges entre les parties au litige. D'après cet avis, le tribunal arbitral n'avait pas de rôle à jouer en l'absence de litige entre les parties, comme par exemple lorsqu'elles convenaient de s'écarter du règlement sur la transparence ou d'y déroger. Selon cette proposition, on pouvait supprimer le paragraphe 2.

71. On a encore proposé que, plutôt que de conférer au tribunal arbitral le pouvoir discrétionnaire de s'écarter du règlement sur la transparence, on lui laisse la latitude d'adapter le règlement aux besoins de chaque cas d'espèce.

72. L'avis a été exprimé que les propositions, qui visaient à permettre des écarts par rapport au règlement, portaient le risque de le rendre inopérant en créant des occasions d'y faire des entorses. Il a été dit que, s'il pourrait être souhaitable d'habiliter le tribunal arbitral, par exemple, à ajuster les délais en tant que de besoin, il ne serait pas opportun, dans l'intérêt de la transparence, d'accorder au tribunal arbitral toute latitude pour modifier le règlement.

73. Après un débat, l'approche suivante s'est dégagée. L'article 1-2 devrait être maintenu, et une certaine souplesse pourrait être apportée, en partant du principe que la disposition ne devrait pas permettre de dérogation au règlement, mais une adaptation par le tribunal arbitral, dans des circonstances que le Groupe de travail devrait examiner plus avant.

***Projet de proposition révisée de l'article 1-2***

74. Au vu de ce qui précède, il a été proposé de modifier l'article 1-2 comme suit: "Dans tout arbitrage auquel le présent Règlement s'applique en vertu d'un traité ou d'un accord conclu par les parties à ce traité, a) les parties au litige ne peuvent déroger au présent Règlement, ni par accord ni de toute autre manière, à moins que le traité ne les y autorise; b) le tribunal arbitral a la latitude, en plus du pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré en vertu de certaines dispositions du présent Règlement, d'adapter les exigences prévues dans toute disposition du présent Règlement aux circonstances particulières de l'espèce si cela est nécessaire pour satisfaire à l'objectif de transparence du Règlement de manière pratique." Le Groupe de travail a examiné le projet de proposition révisée de l'article 1-2.

*Chapeau*

75. À la question de savoir s'il était nécessaire d'employer les mots "en vertu d'un traité ou d'un accord conclu par les parties à ce traité", qui figuraient dans le chapeau du projet de proposition révisée d'article 1-2, il a été expliqué que le règlement pourrait jouer tant dans le contexte de l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités que dans celui de l'arbitrage commercial. Il a été jugé nécessaire de préciser que les parties au litige ne seraient pas uniquement autorisées à déroger au règlement dans le contexte de l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités.

76. Il a été estimé que la référence à l'application du règlement sur la transparence en vertu "d'un accord conclu par les parties [au] traité", qui figurait dans le chapeau, était redondante et devait être supprimée. Il a été expliqué, en réponse, que cette référence avait été ajoutée pour tenir compte d'accords ultérieurs conclus par les Parties à un traité d'investissement en vue d'appliquer le règlement sur la transparence aux litiges découlant d'un traité. Par ailleurs, l'avis a été exprimé qu'un tel accord ultérieur constituerait une modification du traité, dans la mesure où il en ferait partie, et que la référence était inutile. À cela, il a été répondu que l'alinéa a) de l'article 31-3 de la Convention de Vienne sur le droit des traités faisait la distinction entre un traité et un accord ultérieur relatif à son interprétation. Il a par conséquent été proposé de conserver le chapeau.

*Alinéa a)*

77. Il a été dit que l'alinéa a) du projet de proposition révisée de l'article 1-2 permettait de s'écarter du règlement sur la transparence uniquement si le traité l'autorisait. Par souci de cohérence avec l'alinéa b), il a été suggéré d'ajouter les mots suivants à la fin de l'alinéa a): "ou que le tribunal arbitral ne l'approuve". Il a été dit que si l'alinéa a) n'incluait pas ces mots, il faudrait préciser à l'alinéa b) que les parties au litige étaient autorisées à s'écarter du règlement sur la transparence si le tribunal arbitral les y autorisait. Pour régler ce problème, il a été suggéré de prévoir à l'alinéa b) que le tribunal arbitral devait avoir la latitude d'adapter le règlement, soit de sa propre initiative, soit à la demande des parties.

*Alinéa b)*

78. Pour ce qui est de l'alinéa b) du projet de proposition révisée de l'article 1-2, il a été suggéré de préciser que le tribunal arbitral avait la responsabilité d'assurer l'application du règlement sur la transparence. À cette fin, il a été proposé d'inclure, au début de l'alinéa b), une formule qui pourrait être rédigée comme suit: "Le tribunal arbitral assure l'application du Règlement sur la transparence. Ce faisant, il". Cette proposition a été largement appuyée. Pour ce qui est du libellé, il a été suggéré qu'une référence soit faite, dans l'alinéa b), aux objectifs de transparence que comportait le règlement. Cette suggestion d'ordre rédactionnel a été appuyée.

79. Il a aussi été proposé d'inclure une formule similaire à celle figurant à l'article 1-3 du règlement sur la transparence, pour indiquer que le tribunal arbitral devait exercer son pouvoir discrétionnaire pour adapter le règlement de manière à assurer un règlement équitable et efficace du litige. Cette proposition n'a pas été appuyée.

80. Quelques délégations n'étaient pas favorables à l'inclusion d'une disposition sur le caractère obligatoire du règlement sur la transparence. Elles ont proposé de supprimer le paragraphe 2 au motif que ce règlement était un règlement de procédure et que, en tant que tel, conformément aux principes établis de l'arbitrage, les parties au litige devaient être autorisées à y déroger sans l'autorisation du tribunal arbitral. Une délégation a dit qu'il serait contre-productif de ne pas inclure l'hypothèse selon laquelle les deux parties pourraient demander au tribunal arbitral d'adapter le règlement sur la transparence, étant entendu que le tribunal arbitral ne pourrait pas rejeter cette demande.

81. À l'issue de la discussion, la proposition énoncée au paragraphe 74, comportant les modifications proposées au paragraphe 78, a été jugée acceptable, certaines délégations restant favorables à la suppression du paragraphe 2 ou préférant ne pas se prononcer avant que toutes les questions de fond du règlement sur la transparence aient été examinées.

### 3. Article 1-3 – Pouvoir discrétionnaire du tribunal arbitral

82. Le Groupe de travail a examiné l'article 1-3, tel qu'il figurait au paragraphe 8 du document A/CN.9/WG.II/WP.169, qui disposait que le tribunal arbitral exerçait son pouvoir discrétionnaire lorsque le règlement le permettait, en tenant compte de la nécessité de concilier a) l'intérêt que le public portait à la transparence des arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités et de la procédure

arbitrale proprement dite et b) l'intérêt qu'avaient les parties au litige de voir ce dernier réglé rapidement et efficacement (A/CN.9/736, par. 38 à 40).

83. La proposition qui consistait à faire une référence précise au droit de l'homme à l'information à l'alinéa a) n'a pas été appuyée.

84. Plusieurs propositions de textes ont été faites. Il a été proposé de supprimer la virgule après le mot "discretion" dans la version anglaise. Plusieurs suggestions ont été formulées en vue de remplacer les premiers mots du paragraphe 3 par l'une des phrases suivantes: "[L]orsque le Règlement sur la transparence confère un pouvoir discrétionnaire au tribunal arbitral, l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire tient compte de"; "[L]orsque le Règlement sur la transparence confère un pouvoir discrétionnaire au tribunal arbitral, celui-ci en l'exerçant tient compte de" ou "[L]orsqu'il exerce le pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré dans le présent Règlement, le tribunal arbitral tient compte de".

85. Après un débat, le Groupe de travail est convenu d'adopter quant au fond le paragraphe 3 et a prié le Secrétariat d'en établir une version révisée, en tenant compte des propositions susmentionnées.

### 4. Article 1-4 – Relation entre le règlement sur la transparence et les dispositions sur la transparence figurant éventuellement dans le traité d'investissement

86. Tel qu'il figurait au paragraphe 8 du document A/CN.9/WG.II/WP.169, l'article 1-4 précisait que le règlement sur la transparence ne l'emporterait pas sur une disposition du traité d'investissement concerné exigeant un niveau de transparence plus élevé (A/CN.9/736, par. 31).

87. On a posé la question de savoir comment, aux fins du paragraphe 4, le niveau de transparence serait évalué pour déterminer lequel du traité ou du règlement sur la transparence s'appliquerait. Il a été proposé qu'au lieu de prévoir une évaluation du niveau de transparence, le paragraphe 4 traite de la primauté des dispositions du traité en cas de conflit avec le règlement sur la transparence. À l'appui de cette proposition, il a été dit qu'une approche similaire avait été adoptée à l'article 1-3 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 2010 (ou article 1-2 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976). Il a été précisé que selon cette proposition, si le traité d'investissement prévoyait un régime de transparence moins favorable que celui du règlement sur la transparence, les dispositions du traité prévaudraient quand même.

88. Dans ce contexte, différentes propositions ont été faites. Il a été suggéré d'inclure une disposition telle que "[s]i une disposition du traité est contraire au Règlement, la disposition du traité prévaut". Une autre proposition était formulée comme suit: "Dans la mesure où la question de fond est régie par le traité, le traité prévaut". Selon cette même approche, il a également été proposé de libeller l'article 1-4 comme suit: "Les dispositions sur la transparence figurant dans un traité l'emportent sur toute autre disposition qui leur serait contraire".

89. À l'issue de la discussion, l'avis qui a prévalu était que quel que soit le niveau de transparence, les dispositions du traité prévaudraient en cas de conflit entre le règlement sur la transparence et les dispositions du traité sur la même question. Restait cependant la question de savoir s'il fallait inclure une disposition à ce sujet dans le règlement sur la transparence, puisqu'il s'agissait d'une question

d'interprétation des traités, qui ne devait pas nécessairement être abordée dans un règlement. Des opinions divergentes ont été exprimées sur ce point.

90. Un appui a été exprimé en faveur de l'introduction d'une disposition semblable aux propositions figurant au paragraphe 88, afin d'apporter de la clarté non seulement au tribunal arbitral mais aussi aux parties. On a également fait observer que la question ne relevait pas de l'interprétation des traités mais du choix de la procédure à suivre.

91. Cependant, il a été souligné que l'article 1-4 du règlement sur la transparence visait à fournir une règle d'interprétation, et l'attention du Groupe de travail a été appelée sur les difficultés que soulevait cette question. Il a été dit que l'analogie avec l'article 1-3 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (version révisée en 2010) n'allait pas de soi, puisque l'article 1-3 portait sur la question du conflit entre le Règlement et les dispositions impératives du droit applicable, alors que l'article 1-4 du règlement sur la transparence portait sur la relation entre le règlement mentionné dans un traité et d'autres dispositions de ce traité. Cette relation était une question d'interprétation régie par la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969. Les dispositions du traité et le règlement sur la transparence devraient être interprétés par le tribunal arbitral qui serait amené à les appliquer.

92. Des avis divergents ont été exprimés sur la question de savoir si les dispositions du traité, rédigées par les Parties, et le règlement sur la transparence, qui serait incorporé au traité par référence, seraient interprétés de la même manière. Selon un avis, il serait inexact de considérer que le règlement sur la transparence serait incorporé par référence dans un traité. Des avis divergents ont également été exprimés quant à savoir s'il s'agissait de questions de principe ou de questions techniques d'interprétation du droit et du traité.

93. On a fait observer qu'il y avait différentes approches de l'interprétation des traités et qu'il ne conviendrait pas de chercher à prévoir une règle d'interprétation dans le règlement sur la transparence.

94. Après un débat, le Groupe de travail est convenu de supprimer l'article 1-4.

### 5. Article 1-5 – Relation entre le règlement sur la transparence et le règlement d'arbitrage applicable

95. Le Groupe de travail a examiné l'article 1-5, tel qu'il figurait au paragraphe 8 du document A/CN.9/WG.II/WP.169, qui traitait de la relation entre le règlement sur la transparence et le règlement d'arbitrage.

96. Il a été proposé d'inclure à la fin du paragraphe 5 une disposition similaire à l'article 1-3 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 2010, afin de préciser qu'en cas de conflit entre le règlement sur la transparence et la loi applicable à l'arbitrage à laquelle les parties ne pouvaient déroger, cette disposition prévaudrait. Cette proposition a été appuyée.

97. Après un débat, il a été noté qu'une large majorité était favorable à l'article 1-5, tel qu'il figurait au paragraphe 8 du document A/CN.9/WG.II/WP.169, complété par une disposition semblable à l'article 1-3 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 2010 (voir ci-dessus, par. 96). Quelques délégations ne se sont pas prononcées sur le paragraphe 5, estimant que ce paragraphe devrait être examiné plus avant à la lumière du champ d'application du règlement.

### 6. Notes afférentes à l'article premier

– *"arbitrage entre investisseurs et États"*

98. Le Groupe de travail a examiné la première note de l'article premier, qui visait à préciser que le règlement sur la transparence s'appliquerait uniquement à la résolution des litiges découlant de traités d'investissement entre un investisseur et une partie au traité et non à la résolution des litiges entre Parties au traité (A/CN.9/736, par. 37).

99. Il a été dit que la référence dans la note à "une ou plusieurs Parties" était inhabituelle. Il a été précisé, en réponse, que ce membre de phrase visait les traités multilatéraux et qu'il devrait être conservé.

100. Il a été proposé de supprimer la première note, parce qu'il ressortait clairement de l'article premier que les arbitrages entre investisseurs et États seraient engagés "en vertu d'un traité", qui était lui-même défini dans la deuxième note. Cette proposition a été adoptée par le Groupe de travail.

– *"un traité prévoyant la protection des investissements ou des investisseurs"*

101. La deuxième note de l'article premier visait à préciser qu'il était entendu que les traités d'investissement auxquels s'appliquerait le règlement sur la transparence devaient être interprétés au sens large.

102. S'agissant du libellé, il a été proposé de supprimer le mot "intergouvernementales" avant les mots "d'intégration". Il a en outre été proposé de se référer à la "protection des investissements et des investisseurs" de manière uniforme dans la note. La deuxième note a été adoptée par le Groupe de travail avec les modifications proposées.

### 7. Article 2 – Publication d'informations à l'ouverture de la procédure arbitrale

103. Le Groupe de travail a examiné l'article 2 figurant au paragraphe 25 du document A/CN.9/WG.II/WP.169 et portant sur la publication d'informations au début de la procédure arbitrale, avant la constitution du tribunal arbitral. L'article 2 contenait deux options. Dans l'option 1, des informations générales seraient communiquées au public et la publication de la notification d'arbitrage (et de la réponse à celle-ci) serait régie par l'article 3, après la constitution du tribunal arbitral. L'option 2 prévoyait une procédure pour la publication de la notification d'arbitrage et de la réponse avant la constitution du tribunal arbitral.

104. Le Groupe de travail était également saisi d'une proposition de modification de l'option 2, libellée comme suit: "1. Dès que la notification d'arbitrage a été reçue par le défendeur, les parties au litige en communiquent sans tarder une copie au registre visé à l'article 9. Dès qu'il reçoit d'une partie au litige la notification d'arbitrage, le registre met alors sans tarder à la disposition du public des informations concernant le nom des parties au litige, le secteur économique en cause et le traité donnant lieu à la demande. 2. Dans les [45] jours suivant la réception de la notification d'arbitrage par le défendeur, chacune des parties au litige indique au registre visé à l'article 9 les passages de la notification d'arbitrage qui selon elle constituent des informations [confidentielles ou sensibles] [protégées] telles que définies au paragraphe 2 de l'article 8. [Le registre visé à l'article 9 met alors opportunément à la disposition du public les passages de la notification d'arbitrage

qu'aucune des parties au litige n'a désignés conformément à la phrase qui précède.] 3. Dans les [45] jours suivant la réception de la réponse à la notification d'arbitrage par le demandeur, chacune des parties au litige indique au registre visé à l'article 9 les passages de la réponse à la notification d'arbitrage qui selon elle constituent des informations [confidentielles ou sensibles] [protégées] telles que définies au paragraphe 2 de l'article 8. [Le registre visé à l'article 9 met alors opportunément à la disposition du public les passages de la réponse à la notification d'arbitrage qu'aucune des parties au litige n'a désignés conformément à la phrase qui précède.] [Autre proposition pour la dernière phrase entre crochets des paragraphes 2 et 3: Le registre visé à l'article 9 met simultanément à la disposition du public les passages de la notification d'arbitrage et de la réponse à celle-ci qu'aucune des parties au litige n'a désignés comme contenant des informations [confidentielles ou sensibles] [protégées] telles que définies au paragraphe 2 de l'article 8.] 4. Une fois constitué, le tribunal tranche tout différend concernant la portée des informations non mises à la disposition du public conformément aux paragraphes 2 et 3. Si le tribunal décide que quelque passage que ce soit ne constitue pas des informations [confidentielles ou sensibles] [protégées] telles que définies au paragraphe 2 de l'article 8, il communique ce passage au registre visé à l'article 9, qui le met alors opportunément à la disposition du public."

105. La proposition figurant au paragraphe 104 a été appuyée parce qu'elle précisait que le tribunal arbitral traiterait de tout différend concernant la publication de la notification d'arbitrage et de la réponse à celle-ci et prévoyait une procédure permettant aux parties de supprimer des informations. Il a été suggéré de préciser dans cette option que la notification d'arbitrage et la réponse à celle-ci devraient être publiées simultanément. Il a été dit en outre que le paragraphe 4 de la proposition fournissait une protection juridique appropriée aux institutions qui assumeraient les fonctions de registre.

106. Cependant, plusieurs préoccupations ont été exprimées concernant l'option 2. Il a été dit que le délai prévu pour la publication de la notification d'arbitrage et de la réponse à celle-ci était trop court. On a souligné qu'une telle publication aussi tôt dans la procédure pourrait faire obstacle au règlement du litige. En réponse à cette préoccupation, il a été dit que, lorsqu'une disposition similaire figurait dans des traités d'investissement, elle ne créait pas de difficultés.

107. Il a été demandé ce qui se passerait dans le cas où une notification d'arbitrage serait envoyée par un demandeur au registre avant le début de la procédure arbitrale, c'est-à-dire avant que le défendeur ne l'ait reçue. Le Groupe de travail est convenu d'examiner cette question plus avant.

108. La majorité s'est dite favorable à l'option 1, qui reportait la question de la publication de la notification d'arbitrage et de la réponse à celle-ci à un moment ultérieur à la constitution du tribunal arbitral.

109. À l'issue de la discussion, les délégations ayant longtemps soutenu l'option 2 ont, dans un esprit de compromis, souscrit à l'option 1. Le Groupe de travail a adopté l'option 1, avec les modifications rédactionnelles suivantes. Il convenait de préciser dans le texte de l'option 1 que toutes les parties au litige devaient être tenues d'envoyer la notification d'arbitrage au registre. Le registre devait publier les informations dès qu'il recevait la notification d'arbitrage de l'une ou l'autre des parties. Il devait rendre publics les noms des parties au litige, ainsi que les

informations concernant le secteur économique en cause et le traité donnant lieu à la demande.

110. À titre de remarque rédactionnelle générale, il a été suggéré d'harmoniser la formulation utilisée dans le règlement pour désigner la publication d'informations ou de documents, étant donné qu'on y trouvait aussi bien le mot "publier" que l'expression "mettre à la disposition du public". Le Groupe de travail a prié le Secrétariat de déterminer si les différentes expressions utilisées visaient à rendre une signification distincte et comment une solution homogène pourrait être obtenue.

### 8. Article 3 – Publication de documents

111. Le Groupe de travail a examiné l'article 3, tel qu'il figurait au paragraphe 29 du document A/CN.9/WG.II/WP.169, qui reflétait une proposition formulée à sa cinquante-cinquième session, tendant à ce que la disposition relative à la publication de documents: i) comporte une liste des documents à mettre à la disposition du public; ii) précise que le tribunal arbitral avait le pouvoir discrétionnaire d'ordonner la publication de documents supplémentaires; et iii) garantisse le droit des tiers à demander l'accès à des documents supplémentaires (A/CN.9/736, par. 54 à 66). On avait estimé qu'une telle disposition réalisait un juste équilibre entre les nécessités de publication et l'exercice par le tribunal arbitral de son pouvoir discrétionnaire dans l'administration de la procédure (A/CN.9/736, par. 58).

112. Il a été proposé de supprimer de la liste des documents qui devraient être mis à la disposition du public les références aux "pièces afférentes" et à "un tableau énumérant l'ensemble des pièces afférentes aux documents", car les pièces afférentes pourraient être trop volumineuses pour être mises à la disposition du public et, dans la mesure où la deuxième référence pourrait obliger une partie à dresser le tableau énumérant tous les documents, cela créerait une contrainte inutile. Cette proposition de suppression a recueilli un certain appui, la publication des pièces afférentes et l'éventuelle demande de création de tableaux énumérant l'ensemble de ces pièces étant considérées comme une trop lourde charge. Tout en ayant conscience de cette charge supplémentaire, une préférence a été exprimée pour le maintien à l'article 3-1 des pièces afférentes, leur publication étant dans l'intérêt de la transparence.

113. Il a été noté que les premiers mots des paragraphes 1 à 3 de l'article 3 renvoyaient aux exceptions visées à l'article 8 et que celui-ci, à son tour, précisait au paragraphe 1 qu'il s'appliquait aux articles 2 à 7. Cette répétition a été jugée redondante et il a été proposé de supprimer de ces articles la référence à l'article 8. Il a été dit qu'il pourrait être préférable de conserver cette référence, bien que redondante, parce qu'elle apportait de la clarté.

114. Il a été suggéré en outre de prévoir la publication simultanée de la notification d'arbitrage et de la réponse à celle-ci.

115. Il a également été suggéré de prévoir davantage de souplesse en ce qui concerne la publication des documents visée à l'article 3, le paragraphe 1 de cet article exigeant une publication automatique alors que son paragraphe 2 permettait au tribunal arbitral d'ordonner, de sa propre initiative ou à la demande d'une partie au litige, la publication de tout autre document. À cet égard, il a été proposé de supprimer de l'article 3-1 les références à "toutes autres déclarations ou conclusions

écrites", aux "pièces afférentes" et aux "ordonnances et décisions du tribunal arbitral".

116. Faute de temps, le Groupe de travail n'a pas pu terminer l'examen de l'article 3, et il a été convenu que les débats à ce propos se poursuivraient lors d'une session future du Groupe.

## E. Note du Secrétariat concernant le règlement des litiges commerciaux: élaboration d'une norme juridique sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités, soumise au Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) à sa cinquante-sixième session (A/CN.9/WG.II/WP.169 et Add.1)

**[Original: anglais]**

**TABLE DES MATIÈRES**


| | | *Paragraphes* |
|---|---|---|
| I. | Introduction | 1-4 |
| II. | Projet de règlement sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités | 5-54 |
| | A. Remarques générales | 5-7 |
| | B. Contenu du projet de règlement sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités | 8-54 |
| | Article premier. Champ d'application | 8-24 |
| | Article 2. Publication d'informations à l'ouverture de la procédure arbitrale | 25-28 |
| | Article 3. Publication de documents | 29-32 |
| | Article 4. Publication des sentences arbitrales | 33-34 |
| | Article 5. Observations présentées par des tiers | 35-36 |
| | Article 6. Observations présentées par une partie au traité non partie au litige | 37-40 |
| | Article 7. Audiences | 41-44 |
| | Article 8. Exceptions à la transparence | 45-54 |


# I. Introduction

1. À sa quarante-troisième session (New York, 21 juin-9 juillet 2010), la Commission a, dans le contexte de ses travaux futurs concernant le règlement des litiges commerciaux, rappelé la décision qu'elle avait prise à sa quarante et unième session (New York, 16 juin-3 juillet 2008)[1], à savoir que la question de la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités devait être examinée en priorité immédiatement après qu'aurait été menée à bien la

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

révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. La Commission a chargé son Groupe de travail II d'élaborer une norme juridique sur la question[2].

2. À sa quarante-quatrième session (Vienne, 27 juin-8 juillet 2011), la Commission a rappelé qu'elle avait souligné à sa quarante et unième session combien il importait d'assurer la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités. Il a été confirmé que la question de l'applicabilité de la norme aux traités d'investissement existants relevait du mandat du Groupe de travail et présentait un intérêt pratique considérable, compte tenu du nombre important de traités déjà conclus[3].

3. À ses cinquante-troisième (Vienne, 4-8 octobre 2010) et cinquante-quatrième (New York, 7-11 février 2011) sessions, le Groupe de travail a examiné les questions ayant trait à la forme, à l'applicabilité et au contenu d'une norme juridique sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités[4]. À sa cinquante-cinquième session (Vienne, 3-7 octobre 2011), le Groupe de travail a achevé une première lecture du projet de règlement sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités (contenu dans le document A/CN.9/WG.II/WP.166 et son additif)[5].

4. Comme suite à la décision prise par le Groupe de travail à sa cinquante-cinquième session[6], la deuxième partie de la présente note contient un projet révisé du règlement sur la transparence (section B). Les articles 1 à 8 du projet de règlement sur la transparence sont traités dans la présente note et l'article 9, concernant l'établissement d'une institution chargée de conserver les informations publiées ("registre"), dans son additif. Les observations reçues d'institutions d'arbitrage concernant la création d'un registre figurent dans le document A/CN.9/WG.II/WP.170 et son additif. Comme demandé par le Groupe de travail[7], un aperçu de l'interaction entre le règlement sur la transparence et le Règlement d'arbitrage figure dans la section C de l'additif à la présente note. La question de l'applicabilité du règlement sur la transparence au règlement de litiges en vertu de traités d'investissement conclus avant la date d'adoption du règlement sur la transparence est traitée dans la troisième partie de l'additif à la présente note, ainsi que dans la troisième partie du document A/CN.9/WG.II/WP.166/Add.1.

---

2 Ibid., *soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), par. 190.

3 Ibid., *soixante-sixième session, Supplément n° 17* (A/66/17), par. 205.

4 Rapports du Groupe de travail sur les travaux de ses cinquante-troisième (A/CN.9/712) et cinquante-quatrième (A/CN.9/717) sessions.

5 Rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa cinquante-cinquième session (A/CN.9/736).

6 Ibid., par. 11.

7 Ibid., par. 30.

# II. Projet de règlement sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités

## A. Remarques générales

### Forme de la norme juridique sur la transparence

5. À sa cinquante-quatrième session, le Groupe de travail est convenu de passer à la définition du contenu des normes les plus exigeantes en matière de transparence en partant du principe que la norme juridique sur la transparence serait élaborée sous forme de règles, les délégations qui avaient jusque-là exprimé une nette préférence pour des principes directeurs ayant accepté d'appuyer le travail de rédaction si les règles en question ne s'appliquaient que lorsqu'il y serait fait référence de manière explicite (clause d'acceptation expresse). Il a été dit qu'il serait peut-être nécessaire de revoir le contenu de la norme juridique sur la transparence, et éventuellement de le restreindre, si le Groupe de travail optait par la suite pour une formule fondée sur la clause d'exclusion expresse (A/CN.9/717, par. 26 et 58). Cet accord a été réitéré lors de la cinquante-cinquième session du Groupe de travail (A/CN.9/736, par. 41).

### Structure du projet de règlement sur la transparence

6. L'article premier traite du champ d'application du règlement sur la transparence, et les articles 2 à 7 des aspects de fond. L'article 8 traite des exceptions à la transparence, qui se limitent à la protection des informations confidentielles et sensibles ainsi que de l'intégrité du processus arbitral. L'article 9 définit les moyens par lesquels l'information doit être communiquée au public (A/CN.9/736, par. 13).

7. À sa cinquante-cinquième session, le Groupe de travail a examiné quant au fond le texte ci-après, qui pourrait constituer le préambule du règlement: "*Le Règlement de la CNUDCI sur la transparence a vocation à s'appliquer dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités [engagés conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI] pour en assurer la transparence de sorte à accroître la légitimité de ce type d'arbitrage et à promouvoir l'intérêt général qui lui est inhérent, d'une manière qui soit compatible avec l'intérêt qu'ont les parties au litige de voir ce dernier résolu équitablement et efficacement. Cet objet guide les parties au litige et les tribunaux arbitraux dans l'application qu'ils font du présent Règlement.*" (A/CN.9/736, par. 14 à 17). Le Groupe de travail relèvera que l'essence de ce texte est reflétée au paragraphe 3 de l'article premier du règlement (voir plus loin les paragraphes 8 et 20) et que les principes qu'il contient peuvent également être reflétés dans la décision par laquelle la Commission adoptera le règlement ainsi que dans le texte de la résolution par laquelle l'Assemblée générale recommandera son application. La version révisée du règlement ne comporte donc pas de préambule.

## B. Contenu du projet de règlement sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités

### Article premier. Champ d'application

8. Projet d'article premier – Champ d'application

Option 1 (clause d'exclusion expresse) pour le paragraphe 1

Variante 1 (Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, traités futurs)

"*1. Le Règlement sur la transparence s'applique aux arbitrages entre investisseurs et États* engagés conformément au [à la version applicable du] Règlement d'arbitrage de la CNUDCI en vertu d'un traité prévoyant la protection des investissements ou des investisseurs (le 'traité')** conclu après [date d'adoption du Règlement sur la transparence], à moins que le traité dispose qu'il ne s'applique pas*."

Variante 2 (Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, traités futurs et certains traités existants)

"*1. Le Règlement sur la transparence s'applique aux arbitrages entre investisseurs et États* engagés conformément au [à la version applicable du] Règlement d'arbitrage de la CNUDCI en vertu d'un traité prévoyant la protection des investissements ou des investisseurs (le 'traité')** conclu après [date d'adoption du Règlement sur la transparence], à moins que le traité dispose qu'il ne s'applique pas. Il s'applique également à tout arbitrage engagé après [date d'adoption du Règlement sur la transparence] conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI en vertu d'un traité si celui-ci prévoit l'application de la version du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI en vigueur à la date d'ouverture de l'arbitrage*."

Option 2 (clause d'acceptation expresse) pour le paragraphe 1

Variante 1 (s'appliquant quel que soit le règlement d'arbitrage choisi, le traité futur et, le cas échéant, le traité existant)

"*1. Le Règlement sur la transparence s'applique aux arbitrages entre investisseurs et États* engagés en vertu d'un traité prévoyant la protection des investissements ou des investisseurs ('le traité')** lorsque celui-ci prévoit expressément l'application du Règlement*."

Variante 2 (Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, traités futurs et, le cas échéant, existants)

"*1. Le Règlement sur la transparence s'applique aux arbitrages entre investisseurs et États* engagés conformément au [à la version applicable du] Règlement d'arbitrage de la CNUDCI en vertu d'un traité prévoyant la protection des investissements ou des investisseurs ('le traité')** lorsque celui-ci prévoit expressément l'application du Règlement*."

Paragraphes 2 à 5

"*2. S'il s'applique conformément au paragraphe 1, le Règlement sur la transparence lie les parties à l'arbitrage ('les parties au litige'), de sorte qu'elles ne peuvent écarter son application ni y déroger.*

*3. Lorsque le Règlement d'arbitrage confère un pouvoir discrétionnaire au tribunal arbitral, celui-ci l'exerce en tenant compte de la nécessité de concilier a) l'intérêt que le public porte à la transparence des arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités et à la procédure arbitrale dont il s'agit et b) l'intérêt qu'ont les parties au litige de voir ce dernier résolu rapidement et efficacement.*

*4. Lorsque le traité prévoit à quelque égard que ce soit un degré de transparence plus élevé que celui du Règlement sur la transparence, la ou les dispositions pertinentes du traité prévalent et ce degré de protection s'applique à l'arbitrage.*

*5. Le Règlement sur la transparence complète [la version du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI] [le règlement d'arbitrage] applicable. En cas de conflit entre le Règlement sur la transparence et [la version du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI] [le règlement d'arbitrage] applicable, le Règlement sur la transparence prévaut.*"

Notes afférentes au paragraphe 1 de l'article premier:

"[*] *Aux fins du présent Règlement, l'expression 'arbitrage entre investisseurs et États' désigne tout arbitrage mené entre un ou plusieurs investisseurs et une ou plusieurs parties à un traité prévoyant la protection des investissements ou des investisseurs conformément à ce traité.*"

"[**] *Aux fins du présent Règlement, l'expression 'traité prévoyant la protection des investissements ou des investisseurs' est interprétée au sens large comme englobant tout accord conclu entre États ou organisations intergouvernementales d'intégration régionale, notamment des accords de libre-échange, accords d'intégration économique, accords-cadres ou accords de coopération en matière de commerce et d'investissements, et traités bilatéraux et multilatéraux d'investissement, contenant des dispositions sur la protection de l'investisseur et son droit de recourir à l'arbitrage entre investisseurs et États.*"

**Remarques**

*Paragraphe 1 – Applicabilité de la norme juridique sur la transparence*

9. Le Groupe de travail a envisagé deux options concernant l'applicabilité du règlement sur la transparence en vertu du paragraphe 1 (A/CN.9/736, par. 18 à 30). Selon la première option, ou clause d'exclusion expresse, le consentement à l'application du règlement sur la transparence serait manifesté lorsque les parties prévoient dans leur traité d'investissement un règlement des litiges entre investisseurs et États conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, étant entendu qu'à compter de la date d'adoption par la Commission du règlement sur la transparence, le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI englobe celui-ci

(A/CN.9/736, par. 20). Selon la deuxième option, ou clause d'acceptation expresse, le règlement sur la transparence s'appliquerait lorsque les parties à un traité d'investissement consentent expressément à son application (A/CN.9/736, par. 25).

– *Traités existants ou futurs*

10. Quelle que soit l'option retenue, le règlement sur la transparence s'appliquerait aux arbitrages entre investisseurs et États engagés en vertu de traités conclus après son adoption par la Commission.

11. Dans le cas de traités conclus avant la date d'adoption du règlement sur la transparence par la CNUDCI, les parties devraient manifester leur consentement à l'application du règlement par les moyens décrits aux paragraphes 15 à 23 du document A/CN.9/WG.II/WP.166/Add.1. En outre, si les parties à un traité conclu avant la date d'adoption du règlement sur la transparence par la Commission ont consenti à l'application de la version du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI en vigueur à la date d'ouverture de l'arbitrage, le règlement sur la transparence s'appliquerait selon la variante 2 de l'option 1. En pareils cas, les parties, si elles souhaitent exclure expressément l'application du règlement sur la transparence, devraient amender ou modifier leur traité d'investissement conformément aux articles 39 et suivants de la Convention de Vienne sur le droit des traités ou publier une déclaration interprétative conjointe à cet effet comme prévu à l'alinéa a) du paragraphe 3 de l'article 31 de cette convention.

– *Option 1: Clause d'exclusion expresse*

12. Selon la variante 1 de la première option (clause d'exclusion expresse), le règlement sur la transparence s'appliquerait en tant que prolongement du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI à moins que les États n'en disposent autrement dans un traité d'investissement conclu après la date d'adoption du règlement sur la transparence en excluant expressément l'application de celui-ci (A/CN.9/736, par. 20 à 24). (Pour la variante 2 de l'option 1, voir le paragraphe 11 ci-dessus.) Il est proposé d'employer dans l'option 1 le mot "conclu", plutôt que l'expression "entré en vigueur" employée dans la version précédente du projet de règlement, puisque c'est à la date de conclusion du traité (et non à la date de son entrée en vigueur) que les parties peuvent donner leur consentement à l'application du règlement sur la transparence.

13. Selon l'option 1, le règlement sur la transparence devrait être intégré au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, probablement sous forme d'appendice à celui-ci.

14. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la formulation d'une déclaration d'exclusion expresse afin d'éviter qu'une décision d'exclure expressément le règlement sur la transparence n'ait des conséquences involontaires sur l'applicabilité du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

– *Option 2: Clause d'acceptation explicite*

15. Selon la seconde option (clause d'acceptation expresse), la variante 1 dispose que le règlement sur la transparence s'appliquera à un arbitrage engagé conformément à tout règlement d'arbitrage, tandis que la variante 2 limite son application aux arbitrages engagés conformément au Règlement d'arbitrage de la

CNUDCI. À la cinquante-cinquième session du Groupe de travail, le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), la Cour permanente d'arbitrage (CPA) de La Haye, l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm (CCS) et la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI) ont confirmé qu'en principe, l'application du règlement sur la transparence conjointement avec leurs propres règlements ne devrait pas poser problème (A/CN.9/736, par. 28). Quelques institutions d'arbitrage ont proposé de définir plus en détail comment dans la pratique appliquer le règlement sur la transparence aux arbitrages administrés conformément à leurs règlements (A/CN.9/WG.II/WP.169/Add.1, par. 35).

16. Selon l'option 2, le règlement sur la transparence pourrait prendre la forme de règles autonomes.

– *"version applicable du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI"*

17. Dans le contexte de l'option 1 et de la variante 2 de l'option 2, qui contiennent une référence au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, le Groupe de travail voudra peut-être examiner la question de savoir si les mots entre crochets "[la version applicable du]" permettraient de préciser que le règlement sur la transparence pourra s'appliquer conjointement à la version applicable du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, y compris toute révision future de celui-ci.

18. On trouvera dans la section C un aperçu de l'interaction entre le règlement sur la transparence et le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (A/CN.9/WG.II/WP.169/Add.1, par. 13 à 34) (A/CN.9/736, par. 30).

*Paragraphe 2 – Application du règlement sur la transparence par les parties au litige*

19. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner le paragraphe 2, qui interdit aux parties au litige d'exclure l'application du règlement sur la transparence ou d'y déroger une fois qu'elles l'ont accepté en tant que parties au traité (A/CN.9/736, par. 32 à 36).

*Paragraphe 3 – Pouvoir discrétionnaire du tribunal*

20. Le paragraphe 3 reflète les discussions du Groupe de travail concernant l'exercice par le tribunal arbitral de son pouvoir discrétionnaire (A/CN.9/736, par. 38 à 40).

*Paragraphe 4 – Relation entre le règlement sur la transparence et les dispositions sur la transparence figurant éventuellement dans le traité d'investissement*

21. Le paragraphe 4 précise que le règlement sur la transparence n'est pas censé supplanter les dispositions du traité d'investissement pertinent prévoyant un degré de transparence plus élevé (A/CN.9/736, par. 31).

*Paragraphe 5 – Relation entre le règlement sur la transparence et le règlement d'arbitrage applicable*

22. Le règlement sur la transparence complétera et, dans certains cas, modifiera le règlement d'arbitrage conjointement auquel il s'appliquera. Le Groupe de travail

voudra peut-être examiner la question de savoir s'il faudrait inclure dans le texte une disposition allant dans le sens de celle reflétée au paragraphe 5 afin de préciser la relation entre les deux règlements. Comme il se peut que de futurs règlements d'arbitrage prévoient un degré de transparence encore plus élevé que le règlement sur la transparence, le Groupe de travail voudra peut-être envisager d'inclure au paragraphe 5 une disposition stipulant que le règlement d'arbitrage comportant des dispositions plus rigoureuses prévaut. L'interaction entre le règlement sur la transparence et le règlement d'arbitrage applicable est discutée à la section C (A/CN.9/169/WG.II/WP.169/Add.1, par. 13 à 35).

*Notes afférentes au paragraphe 1 de l'article premier*

– *"arbitrage entre investisseurs et États"*

23. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la première note proposée concernant le paragraphe 1, qui précise que le règlement sur la transparence ne s'applique qu'au règlement des litiges découlant de traités d'investissement entre un investisseur et une partie au traité et non au règlement des litiges entre parties au traité (A/CN.9/736, par. 37).

– *"traité prévoyant la protection des investissements ou des investisseurs"*

24. Le Groupe de travail est convenu que l'expression "traité prévoyant la protection des investissements ou des investisseurs", employée au paragraphe 1 de l'article premier, devrait être élucidée afin de mieux circonscrire son champ d'application. Il est proposé d'inclure une note précisant qu'il est entendu que les traités auxquels s'applique le règlement sur la transparence doivent être interprétés au sens large (A/CN.9/736, par. 37). Le Groupe de travail voudra peut-être examiner aussi la question de savoir si cette disposition devrait faire l'objet non pas d'une note mais plutôt d'un autre paragraphe de l'article premier.

**Article 2. Publication d'informations à l'ouverture de la procédure arbitrale**

25. Projet d'article 2 – Publication d'informations au moment de l'ouverture de la procédure arbitrale

Option 1

"*Dès que la notification d'arbitrage a été reçue par le défendeur, les parties au litige en communiquent sans tarder une copie au registre visé à l'article 9. Le registre met alors sans tarder à la disposition du public des informations concernant le nom des parties au litige, le secteur économique en cause et le traité donnant lieu à la demande.*"

Option 2

"1. *Dès que la notification d'arbitrage a été reçue par le défendeur, les parties au litige en communiquent sans tarder une copie au registre visé à l'article 9. Le registre met alors sans tarder à la disposition du public des informations concernant le nom des parties au litige, le secteur économique en cause et le traité donnant lieu à la demande.*

2. *Dans les [30] jours suivant la réception de la notification d'arbitrage par le défendeur, les parties au litige indiquent au registre visé à l'article 9 si*

*la notification contient des informations [confidentielles ou sensibles] [protégées] telles que définies au paragraphe 2 de l'article 8 et lui communiquent la notification d'arbitrage sous la forme dans laquelle les parties conviennent qu'elle doit être publiée. [Le registre visé à l'article 9 met alors opportunément à la disposition du public la notification d'arbitrage, sous la forme et dans la langue dans lesquelles il la reçoit des parties au litige.]*

*3. Dans les [30] jours suivant la réception de la réponse à la notification d'arbitrage par le demandeur, les parties au litige la communiquent au registre visé à l'article 9 sous la forme dans laquelle les parties conviennent qu'elle doit être publiée. Elles peuvent y supprimer les informations [confidentielles ou sensibles] [protégées] telles que définies au paragraphe 2 de l'article 8. [Le registre visé à l'article 9 met alors opportunément à la disposition du public la réponse à la notification d'arbitrage, sous la forme et dans la langue dans lesquelles il la reçoit des parties au litige.] [Ou, au lieu de la dernière phrase entre crochets des paragraphes 2 et 3: Le registre visé à l'article 9 met à la disposition du public, en même temps, la notification d'arbitrage et la réponse à celle-ci, sous la forme et dans la langue dans lesquelles il les reçoit des parties au litige.]*"

**Remarques**

26. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner l'intitulé de l'article 2, le titre figurant dans la version précédente ("ouverture de la procédure arbitrale") ayant été modifié afin de mieux refléter le contenu de l'article.

*Option 1 – Publication d'informations à caractère général*

27. À sa cinquante-cinquième session, le Groupe de travail s'est accordé à reconnaître la nécessité de mettre des informations à la disposition du public dès les premiers stades de la procédure arbitrale, comme envisagé dans l'option 1 (A/CN.9/736, par. 43). Il a été convenu que ces informations devraient être publiées par l'entremise d'une institution chargée de conserver les informations publiées ("registre") et que les informations pouvaient provenir de l'une quelconque des parties (A/CN.9/736, par. 44). Selon cette option, la publication de la notification d'arbitrage (et de la réponse à celle-ci) serait effectuée conformément à l'article 3, après la constitution du tribunal arbitral (voir les paragraphes 29 à 32 ci-dessous concernant la publication des documents).

*Option 2 – Publication d'informations à caractère général, de la notification d'arbitrage et de la réponse à celle-ci*

28. À la cinquante-cinquième session du Groupe de travail, lors de l'examen de la question de savoir quand devraient être publiées la notification d'arbitrage et la réponse à celle-ci (A/CN.9/736, par. 47 à 52), l'avis de la majorité a été que ces informations ne devraient pas être publiées avant la constitution du tribunal arbitral, tandis qu'une minorité s'est dite favorable à une publication immédiate, comme prévu par l'option 2 (A/CN.9/736, par. 53). Selon la procédure envisagée dans l'option 2, la notification d'arbitrage et la réponse à celle-ci seraient publiées avant la constitution du tribunal arbitral. Il se peut qu'un tribunal arbitral soit constitué avant que les parties au litige s'entendent sur les informations à supprimer de la

notification d'arbitrage et de la réponse. Si le Groupe de travail opte pour l'option 2, il faudrait uniformiser les dispositions sur ce point des articles 2 et 3.

### Article 3. Publication de documents

29. Projet d'article 3 – Publication de documents

"*1. Sous réserve des exceptions visées à l'article 8, les documents ci-après sont mis à la disposition du public: la notification d'arbitrage; la réponse à la notification d'arbitrage; le mémoire en demande, le mémoire en défense et toutes autres déclarations ou conclusions écrites de l'une ou l'autre des parties au litige; [un tableau énumérant toutes les pièces afférentes aux documents susmentionnés] [les pièces afférentes]; les déclarations des témoins et rapports d'experts; toute déclaration écrite de parties au traité non parties au litige et de tiers; les transcriptions d'audience, si elles sont disponibles; et les ordonnances et décisions du tribunal arbitral.*

*2. Sous réserve des exceptions visées à l'article 8, le tribunal peut, de sa propre initiative ou à la demande de l'une des parties au litige, décider d'ordonner la publication de tous autres documents qui lui sont soumis ou émanent de lui. Il prend cette décision dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire après consultation des parties au litige.*

*3. Sous réserve des exceptions visées à l'article 8, une personne non partie au litige peut demander l'accès à tous autres documents soumis au tribunal arbitral ou émanant de celui-ci, et le tribunal décide, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire et après consultation des parties au litige, s'il y a lieu d'accorder cet accès et selon quelles modalités.*

*4. Les documents mis à la disposition du public conformément aux paragraphes 1 et 2 sont communiqués par le tribunal arbitral au registre visé à l'article 9 à mesure qu'ils deviennent disponibles et, s'il y a lieu, sous forme expurgée conformément à l'article 8. Les documents mis à la disposition [du public] [de la personne ayant demandé à les consulter] conformément au paragraphe 3 peuvent être communiqués par le tribunal arbitral au registre visé à l'article 9 à mesure qu'ils deviennent disponibles et, s'il y a lieu, sous forme expurgée conformément à l'article 8. Le registre met opportunément les documents à disposition sous la forme et dans la langue dans lesquelles il les reçoit.*"

### Remarques

30. L'article 3 reflète une proposition formulée à la cinquante-cinquième session du Groupe de travail tendant à ce que la disposition relative à la publication des documents: i) indique la liste des documents devant être mis à la disposition du public; ii) stipule que le tribunal arbitral a le pouvoir discrétionnaire d'ordonner la publication d'autres documents; et iii) garantisse le droit de tiers à demander l'accès à d'autres documents (A/CN.9/736, par. 54 à 66). On a estimé que cette disposition réalisait un juste équilibre entre les nécessités de publication et l'exercice par le tribunal arbitral de son pouvoir discrétionnaire de diriger la procédure (A/CN.9/736, par. 58 et 65).

*Paragraphe 1 – Liste des documents*

31. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la liste des documents figurant au paragraphe 1 (A/CN.9/736, par. 65). Comme leur publication fait l'objet de l'article 4, les sentences ne figurent pas sur cette liste. Les procès-verbaux ou transcriptions d'audiences y ont été inclus, le Groupe de travail considérant que la publication des transcriptions devrait être soumise aux mêmes règles que celle des documents (plutôt que d'être traités dans la disposition concernant la publicité des audiences) (A/CN.9/736, par. 109). Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la question de savoir s'il convient de publier les pièces ou un tableau énumérant l'ensemble des pièces afférentes aux documents.

*Paragraphes 2 à 4 – Autres documents*

32. En ce qui concerne le traitement à réserver, conformément au paragraphe 4, aux documents visés au paragraphe 3, le Groupe de travail voudra peut-être examiner la question de savoir si les documents devront être mis à la disposition du public par l'entremise du registre ou si seule la tierce partie en ayant fait la demande sera autorisée à les consulter. À ce stade, les projets de paragraphes 3 et 4 stipulent qu'il appartient au tribunal arbitral, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, de décider de la suite à donner à la demande de consultation de documents supplémentaires émanant d'un tiers. Le tribunal arbitral peut, après avoir consulté les parties, décider selon quelles modalités la consultation pourra être autorisée eu égard aux circonstances pertinentes, y compris la nature des documents dont il s'agit. Il se peut par exemple que le tiers doive se rendre en un certain lieu pour consulter des documents, ou bien il pourra lui en être adressé copie. Si le Groupe de travail décide que les documents visés au paragraphe 3 doivent tous être rendus publics par l'entremise du registre, le libellé de l'article 3 pourrait être simplifié comme suit: dans la première phrase du paragraphe 2, les mots "ou de toute personne non partie au litige" seraient ajoutés après les mots "parties au litige". Le paragraphe 3 et la deuxième phrase du paragraphe 4 seraient supprimés, et les références à l'article 3 figurant aux paragraphes 4 et 6 de l'article 8 seraient modifiées en conséquence.

**Article 4. Publication des sentences arbitrales**

33. Projet d'article 4 – Publication des sentences arbitrales

> "*1. Sous réserve des exceptions prévues à l'article 8, toutes les sentences arbitrales sont mises à la disposition du public*.
>
> *2. Les sentences arbitrales sont communiquées par le tribunal arbitral au registre visé à l'article 9 à mesure qu'elles deviennent disponibles et, le cas échéant, dans leur version expurgée comme le prévoit l'article 8. Le registre met opportunément les sentences arbitrales à la disposition du public, sous la forme et dans la langue dans lesquelles il les reçoit.*"

**Remarques**

34. À la cinquante-cinquième session du Groupe de travail, l'article 4 a été largement appuyé (A/CN.9/736, par. 67).

### Article 5. Observations présentées par des tiers

35. Projet d'article 5 – Observations présentées par des tiers

"*1. Le tribunal arbitral peut, après consultation des parties au litige, autoriser une personne qui n'est ni partie au litige ni partie au traité ("un tiers") à déposer des observations écrites à son intention relatives à une question qui s'inscrit dans le cadre du litige.*

*2. Un tiers souhaitant présenter des observations saisit le tribunal arbitral d'une requête à cette fin et fournit par écrit les informations suivantes dans une des langues de l'arbitrage, de manière concise, sans dépasser le nombre de pages fixé par le tribunal: a) une description du tiers, y compris, le cas échéant, de sa composition et de son statut juridique (par exemple, association professionnelle ou autre organisation non gouvernementale), de ses objectifs généraux, de la nature de ses activités et de toute organisation mère (y compris toute organisation qui contrôle directement ou indirectement le tiers); b) une déclaration indiquant si le tiers a des liens, directs ou indirects, avec une des parties au litige; c) des informations sur tout gouvernement, toute personne ou toute organisation qui a contribué financièrement ou autrement à la préparation des observations; d) une description de la nature de l'intérêt que le tiers porte à l'arbitrage; et e) un énoncé des questions précises de fait ou de droit visées par la procédure que le tiers souhaite aborder dans ses observations écrites.*

*3. Afin de déterminer s'il autorise de telles observations, le tribunal arbitral examine, entre autres, a) si le tiers porte à l'instance un intérêt significatif et b) dans quelle mesure ces observations l'aideraient à trancher une question de fait ou de droit relative à l'instance en y apportant un point de vue, une connaissance ou un éclairage particulier distincts de ceux présentés par les parties au litige.*

*4. Les observations déposées par le tiers: a) sont datées et signées par la personne qui les présente; b) sont concises et ne dépassent en aucun cas la longueur autorisée par le tribunal arbitral; c) contiennent un énoncé précis de la position du tiers sur les questions relatives à l'instance; et d) n'abordent que les questions entrant dans le cadre du litige.*

*5. Le tribunal arbitral s'assure que la présentation des observations ne perturbe pas ou n'alourdit pas à l'excès la procédure arbitrale ni ne cause un préjudice injustifié à l'une des parties au litige.*

*6. Le tribunal arbitral s'assure également que les parties au litige ont la possibilité de commenter les observations présentées par le tiers.*"

### Remarques

36. L'article 5 traite de la présentation d'observations par un tiers, c'est-à-dire par un *amicus curiae*. Il reflète les modifications convenues par le Groupe de travail à sa cinquante-cinquième session (A/CN.9/736, par. 70 à 77) et expose en détail la procédure à suivre concernant les informations qui doivent être fournies au sujet du tiers qui souhaite présenter des informations (par. 2); des questions que doit examiner le tribunal arbitral (par. 3, 5 et 6); et des observations elles-mêmes (par. 4).

### Article 6. Observations présentées par une partie au traité non partie au litige

37. Projet d'article 6 – Observations présentées par une partie au traité non partie au litige

"*1. Le tribunal arbitral [accepte] [peut accepter] qu'une partie au traité non partie au litige présente des observations sur des questions d'interprétation du traité ou, après consultation des parties au litige, peut l'inviter à le faire.*

*2. Le tribunal arbitral, après consultation des parties au litige, peut accepter qu'une partie au traité non partie au litige présente des observations sur des [questions de droit [ou de fait]] [questions entrant dans le cadre du litige] ou l'inviter à le faire. Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'accepter ou de solliciter de telles observations, le tribunal arbitral prend en considération, entre autres, les éléments visés au paragraphe 3 de l'article 5.*

*3. Le tribunal arbitral ne tire aucune conclusion de l'absence d'observations ou de réponse à une invitation formulée conformément au paragraphe 1 ou 2.*

*4. Le tribunal arbitral s'assure que la présentation des observations ne perturbe pas ou n'alourdit pas à l'excès la procédure arbitrale ni ne cause un préjudice injustifié à l'une des parties au litige.*

*5. Le tribunal arbitral s'assure également que les parties au litige ont la possibilité de commenter les observations présentées par une partie au traité qui n'est pas partie au litige.*"

### Remarques

38. À sa cinquante-cinquième session, le Groupe de travail a pris note du large accord qui s'était dégagé sur les points suivants: i) les observations présentées par une partie au traité non partie au litige et les observations présentées par des tiers devaient faire l'objet de dispositions distinctes (A/CN.9/736, par. 83, 84 et 97); ii) le tribunal arbitral devrait, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, consulter les parties au litige; et iii) les parties au litige devraient être autorisées à commenter les observations présentées (A/CN.9/736, par. 97). Il a été noté que les questions visées aux paragraphes 39 et 40 ci-après devraient faire l'objet d'un examen plus approfondi.

*Paragraphe 1 – "[accepte] [peut accepter]"*

39. La question a été posée de savoir si le tribunal arbitral devrait avoir toute latitude pour accepter qu'une partie au traité non partie au litige présente des observations, et donc si le mot "accepte" ne devrait pas être remplacé par les mots "peut accepter" (A/CN.9/736, par. 90 et 98).

*Paragraphe 2 – "questions de droit [ou de fait] [questions entrant dans le cadre du litige]"*

40. Le point de savoir si une partie au traité non partie au litige devrait pouvoir présenter des observations concernant non seulement des questions liées à l'interprétation du traité mais aussi des questions de droit ou de fait ou des questions entrant dans le cadre du litige a été longuement discuté par le Groupe de travail à sa

cinquante-cinquième session, lequel a décidé de le laisser en suspens pour en poursuivre l'examen (A/CN.9/736, par. 85 à 89 et 98).

### Article 7. Audiences

41. Projet d'article 7 – Audiences

"*1. Sous réserve des paragraphes 2 et 3 de l'article 7, les audiences sont publiques, à moins que le tribunal arbitral n'en décide autrement après consultation des parties au litige.*

*2. Lorsqu'il est nécessaire de protéger des informations [confidentielles ou sensibles] ou l'intégrité du processus arbitral conformément à l'article 8, le tribunal arbitral prend des dispositions pour tenir à huis clos la partie de l'audience appelant une telle protection.*

*3. Le tribunal arbitral peut prendre des dispositions logistiques pour faciliter le droit d'accès du public aux audiences (y compris, le cas échéant, en lui permettant d'y assister par liaison vidéo ou par d'autres moyens qu'il juge appropriés) et peut, après consultation des parties au litige, tenir tout ou partie des audiences à huis clos si une telle mesure est ou devient nécessaire pour des motifs logistiques.*"

### Remarques

*Paragraphe 1 – Publicité des audiences*

42. Le paragraphe 1 reflète la proposition tendant à ce que les audiences soient en principe publiques, à moins que le tribunal arbitral n'en décide autrement après consultation des parties au litige (A/CN.9/736, par. 100 et 102). Le paragraphe 1 a été considéré comme établissant un équilibre approprié et comme permettant au tribunal d'exercer son pouvoir discrétionnaire conformément au paragraphe 3 de l'article premier.

*Paragraphes 2 et 3 – Exceptions à la publicité des audiences*

43. Les paragraphes 2 et 3 énoncent les exceptions au principe de la publicité des audiences. Le paragraphe 2 traite des exceptions visées à l'article 8, et le paragraphe 3 des observations formulées au Groupe de travail, à savoir qu'il peut s'avérer nécessaire que les audiences se tiennent à huis clos pour des raisons pratiques (A/CN.9/717, par. 109 et A/CN.9/736, par. 104).

*Coûts liés à la tenue d'une audience publique*

44. Comme le Groupe de travail l'a demandé à sa cinquante-cinquième session (A/CN.9/736, par. 106), le CIRDI a fourni des informations sur les coûts liés à la tenue d'audiences publiques. Ces informations figurent dans le document A/CN.9/WG.II/WP.170/Add.1.

### Article 8. Exceptions à la transparence

45. Projet d'article 8 – Exceptions à la transparence

***Informations [confidentielles ou sensibles] [protégées]***

"*1. Les informations [confidentielles ou sensibles] [protégées], telles qu'elles sont définies au paragraphe 2 du présent article et identifiées conformément aux paragraphes 3 à 9 ci-dessous, ne sont pas mises à la disposition du public ni à des parties au traité qui ne sont pas parties au litige conformément aux articles 2 à 7.*

*2. Sont considérées comme informations [confidentielles ou sensibles] [protégées]:*

*a) Les informations commerciales confidentielles;*

*b) Les information protégées contre la divulgation au public en vertu du traité;*

*c) Les informations protégées contre la divulgation au public en vertu de la législation d'une partie au litige ou de tous autres lois et règlements dont le tribunal arbitral décide qu'ils sont applicables à la divulgation de telles informations.*

*3. Lorsqu'un document autre qu'une ordonnance ou décision du tribunal arbitral doit être mis à la disposition du public conformément au paragraphe 1 de l'article 3, la partie au litige, partie au traité qui n'est pas partie au litige ou tierce personne qui le présente doit, lorsqu'elle le soumet, indiquer s'il contient selon elle des informations qui [ont un caractère confidentiel ou sensible] [doivent être protégées contre leur divulgation] et en présenter sans tarder ou dans le délai fixé par le tribunal arbitral une version expurgée ne contenant pas lesdites informations.*

*4. Lorsqu'un document autre qu'une ordonnance ou décision du tribunal arbitral doit être mis à la disposition du public conformément aux paragraphes 2 et 3 de l'article 3, la partie au litige, partie au traité qui n'est pas partie au litige ou tierce personne qui le présente doit, dans les trente jours suivant la décision par laquelle le tribunal a décidé que le document doit être mis à la disposition du public, indiquer s'il contient selon elle des informations qui [ont un caractère confidentiel ou sensible] [doivent être protégées contre leur divulgation] et en présenter une version expurgée ne contenant pas lesdites informations.*

*5. Lorsqu'il est proposé d'expurger un document comme prévu au paragraphe 3 ou 4 du présent article, toute partie au litige autre que la personne ayant présenté le document en question peut opposer une objection et/ou proposer que le document soit expurgé différemment. Une telle objection ou contre-proposition doit être présentée dans les trente jours suivant la réception du document expurgé proposé.*

*6. Lorsqu'une ordonnance, décision ou sentence du tribunal arbitral doit être mise à la disposition du public conformément au paragraphe 1 de l'article 3 et à l'article 4, le tribunal donne à toutes les parties au litige la possibilité de formuler des observations quant à la mesure dans laquelle le*

*document contient des informations qui [ont un caractère confidentiel ou sensible] [doivent être protégées contre la divulgation] et de proposer qu'il soit expurgé de manière à empêcher que lesdites informations soient rendues publiques.*

*7. Le tribunal arbitral statue sur toutes les questions concernant les informations qu'il est proposé d'expurger des documents conformément aux paragraphes 3 à 6 du présent article et détermine, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, la mesure dans laquelle les informations contenues dans des documents devant être mis à la disposition du public devraient être expurgées.*

*8. Si le tribunal arbitral détermine que des informations ne devraient pas être expurgées d'un document conformément aux paragraphes 3 à 5 du présent article, la partie au litige, partie au traité qui n'est pas partie au litige ou tierce personne ayant présenté le document peut, dans les trente jours suivant la décision du tribunal arbitral, i) retirer tout ou partie du document contenant lesdites informations de la procédure arbitrale [étant entendu qu'elle ne pourra plus faire fond sur lesdites informations à quelque fin que ce soit dans la procédure arbitrale], ou ii) présenter à nouveau le document sous une forme répondant à la décision du tribunal.*

*9. Toute partie au litige qui entend utiliser à l'audience des informations qu'elle affirme être [confidentielles ou sensibles] [protégées] en informe le tribunal arbitral, lequel, après consultation des parties au litige, décide si lesdites informations [ont un caractère confidentiel ou sensible] [doivent être protégées] et prend les dispositions voulues, conformément au paragraphe 2 de l'article 7, pour empêcher que des informations [confidentielles ou sensibles] [protégées] ne soient rendues publiques.*

***Intégrité de la procédure arbitrale***

*10. Il n'est pas mis à la disposition du public conformément aux articles 2 à 7 des informations qui, si elles étaient divulguées, compromettraient l'intégrité de la procédure arbitrale, comme déterminé conformément au paragraphe 11 du présent article.*

*11. Le tribunal arbitral peut, de sa propre initiative ou à la demande d'une partie au litige, et après consultation des parties au litige lorsque cela est possible, prendre les mesures appropriées pour empêcher ou retarder la publication d'informations dont la divulgation compromettrait l'intégrité de la procédure arbitrale a) du fait qu'elle entraverait la collecte ou la production d'éléments de preuve, b) du fait qu'elle pourrait déboucher sur une intimidation des témoins, des avocats agissant pour le compte des parties au litige ou de membres du tribunal arbitral ou c) en raison de circonstances exceptionnelles comparables.*"

**Remarques**

46. L'article 8 a pour objet de définir les exceptions à la transparence, lesquelles ont uniquement pour but de protéger des informations confidentielles ou sensibles (par. 1 à 9) ou l'intégrité de la procédure arbitrale (par. 10 et 11) (A/CN.9/717, par. 129 à 147; A/CN.9/736, par. 110 à 130). À sa cinquante-cinquième session, le

Groupe de travail est convenu que seules ces deux catégories de circonstances devraient donner lieu à des exceptions aux dispositions relatives à la transparence (A/CN.9/736, par. 111).

**Informations [confidentielles ou sensibles] [protégées]**

47. Le Groupe de travail voudra peut-être prendre une décision sur la question de savoir s'il y a lieu d'utiliser les mots "confidentielles ou sensibles" ou le mot "protégées" pour qualifier les informations devant être tenues confidentielles (A/CN.9/736, par. 117).

**Paragraphe 2 – Définition des informations [confidentielles ou sensibles] [protégées]**

48. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la définition des "informations [confidentielles ou sensibles] [protégées]" figurant au paragraphe 2, qui est fondée sur une proposition formulée à la cinquante-cinquième session du Groupe de travail (A/CN.9/736, par. 122).

49. Il y a lieu de rappeler qu'à la cinquante-cinquième session du Groupe de travail, ses membres ont exprimé des doutes quant à la capacité du tribunal arbitral de déterminer si la législation d'une partie au litige s'appliquait à la divulgation de l'information. Il a été dit que le tribunal arbitral devrait être tenu d'appliquer la législation d'une partie au litige à cet égard. Le Groupe de travail voudra peut-être poursuivre l'examen de cette question dans le contexte du paragraphe 2 (A/CN.9/736, par. 127).

*Paragraphes 3 à 8 – Procédure à suivre pour identifier et protéger les informations confidentielles et sensibles*

50. La procédure à suivre pour identifier les informations devant être protégées est énoncée aux paragraphes 3 à 8. Les paragraphes 3 à 5 traitent de la question liée aux informations confidentielles ou sensibles à expurger des documents présentés par les parties au litige ou par toute autre personne participant à la procédure (A/CN.9/736, par. 129). L'article 6 concerne les informations devant être expurgées de documents publiés par le tribunal arbitral. Dans tous les cas, le processus est supervisé par le tribunal arbitral conformément au paragraphe 7 (A/CN.9/736, par. 129). Le paragraphe 8 contient une disposition que l'on retrouve dans certains traités d'investissement et qui permet à une personne ayant présenté une version expurgée d'un document de retirer tout ou partie de celui-ci si elle n'est pas d'accord avec la décision du tribunal arbitral sur le point de savoir si certaines des informations figurant dans le document doivent effectivement en être expurgées[8]. Le Groupe de

---

[8] Voir, par exemple, le paragraphe 4 de l'article 15.20 de l'Accord de libre-échange entre les États-Unis d'Amérique et Singapour (www.fta.gov.sg/ussfta/chapter_15_us.pdf); le paragraphe 4 d) de l'article 29 du Traité bilatéral type relatif aux investissements des États-Unis d'Amérique de 2004 (www.state.gov/documents/organization/117601.pdf); le paragraphe 4 d) de l'article 10.21 de le Traité de libre-échange entre les États-Unis, les pays d'Amérique centrale et la République dominicaine (www.ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/cafta/asset_upload_file328_4718.pdf); et le paragraphe 4 d) de l'article 29 du Traité entre le Gouvernement des États-Unis d'Amérique et le Gouvernement de la République du Rwanda concernant l'encouragement et la protection réciproque des investissements (www.ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/bit/asset_upload_file743_14523.pdf).

travail voudra peut-être noter que le paragraphe 8 précise que la partie qui décide de retirer les informations ne pourra plus faire fond sur les informations retirées au cours de la procédure (A/CN.9/736, par. 129).

51. Le paragraphe 9 énonce la procédure à suivre pour protéger les informations présentées à l'audience, conformément à l'article 7.

**Procédure à suivre pour protéger l'intégrité de la procédure arbitrale**

52. À la cinquante-troisième session du Groupe de travail, il a été généralement admis que la question de la protection de l'intégrité de la procédure arbitrale devrait être prise en considération dans le cadre de la diffusion des exceptions à la transparence (A/CN.9/712, par. 72).

53. Les paragraphes 10 et 11 définissent la procédure à suivre pour protéger l'intégrité de la procédure arbitrale et stipulent que le tribunal arbitral peut consulter les parties lorsqu'il décide, de sa propre initiative, de restreindre la publication de l'information. En outre, les parties doivent être consultées "lorsque cela est possible" afin de tenir compte des circonstances exceptionnelles dans lesquelles le tribunal arbitral peut être amené à restreindre la publication d'informations (A/CN.9/736, par. 113). Le tribunal arbitral peut "retarder" (et pas seulement "empêcher") la publication d'informations pour que celles-ci puissent être divulguées lorsque la menace ayant conduit à interdire leur publication a disparu (A/CN.9/736, par. 130).

**Délais**

54. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que les articles 2 et 8 du règlement sur la transparence contiennent des références à des délais et, à ce propos, examiner la question de savoir si une disposition concernant le calcul des délais devrait être incorporée au règlement sur la transparence ou s'il s'agit là d'une question qui devrait être réglée conformément au règlement d'arbitrage applicable.

# A/CN.9/WG.II/WP.169/Add.1 (Original: anglais)

## Note du Secrétariat concernant le règlement des litiges commerciaux: élaboration d'une norme juridique sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités, soumise au Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) à sa cinquante-sixième session

ADDITIF

### TABLE DES MATIÈRES


*Paragraphes*

B. Contenu du projet de règlement sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités (*suite*) . . . . . 1-12

Article 9. Lieu de conservation des informations publiées . . . . . 1-12

C. Interaction entre le règlement sur la transparence et le Règlement d'arbitrage . 13-35

1. Règlement sur la transparence et Règlement d'arbitrage de la CNUDCI . 13-34

2. Règlements d'arbitrage des institutions internationales d'arbitrage . . . . . 35

III. Projet de convention sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités . . . . . 36-41


---

## B. Contenu du projet de règlement sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités (*suite*)

### Article 9. Lieu de conservation des informations publiées

1. Projet d'article 9 – Lieu de conservation des informations publiées

Option 1

"… *est chargé de mettre des informations à la disposition du public en application du Règlement sur la transparence.* [D'autres services sont à déterminer, tels que la conservation de documents.]"

Option 2

"*1. Si la procédure arbitrale est administrée par une institution d'arbitrage, celle-ci est chargée de mettre des informations à la disposition du public en application du Règlement sur la transparence.* [D'autres services sont à déterminer, tels que la conservation de documents.]

*2. Si la procédure arbitrale n'est pas administrée par une institution d'arbitrage, le défendeur désigne dans la liste d'institutions en annexe une institution qui remplira les fonctions visées au paragraphe 1.*"

**Remarques**

2. À sa cinquante-quatrième session, le Groupe de travail a examiné la question de savoir si la création d'un lieu de conservation neutre (le "registre") devrait être considérée comme une étape nécessaire dans la promotion de la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités (A/CN.9/717, par. 148 à 151). Selon l'avis qui a prévalu, l'existence d'un registre serait indispensable pour apporter le niveau de neutralité requis dans l'administration d'une norme juridique sur la transparence. On a généralement appuyé l'idée selon laquelle, si un tel registre neutre était créé, le Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies serait idéalement placé pour le tenir. Il a également été rappelé que si l'Organisation des Nations Unies n'était pas en mesure d'assumer cette fonction, la Cour permanente d'arbitrage de La Haye (CPA) et le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) s'étaient déclarés disposés à assurer ces services de registre (A/CN.9/717, par. 148).

*Options 1 et 2*

3. À la cinquante-cinquième session du Groupe de travail, plusieurs propositions ont été faites (A/CN.9/736, par. 131 à 133). L'une d'elles était d'établir un registre unique comme le prévoyait l'option 1. Une autre proposition, énoncée en tant qu'option 2, consistait à dresser une liste d'institutions d'arbitrage qui pourraient assumer la fonction d'un registre (A/CN.9/736, par. 131). Dans l'option 2, il est proposé d'annexer au règlement sur la transparence une liste d'institutions d'arbitrage qui pourraient assumer la fonction d'un registre. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la question de savoir si l'annexe pourrait être actualisée de temps à autre par la CNUDCI, et de quelle manière. Il est proposé que le choix de l'institution revienne au défendeur.

4. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que l'article 9 du projet de règlement sur la transparence fait référence à la publication d'"informations", de manière à englober les informations soumises en vertu de l'article 2, les documents publiés en vertu de l'article 3 et les sentences publiées en vertu de l'article 4. Le règlement sur la transparence ne prévoit pas la publication des enregistrements d'audiences publiques mais ne l'interdit pas non plus.

*Questions à examiner en vue d'établir un lieu de conservation des informations publiées (le "registre")*

– *Institutions d'arbitrage intéressées*

5. Il convient de rappeler que la CPA et le CIRDI se sont dits intéressés à l'idée d'accueillir un registre unique au cas où cette fonction ne pourrait être assumée par le Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies. La CPA, le CIRDI, la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI), la London Court of International Arbitration (LCIA), l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm (CCS) et le Centre régional du Caire pour l'arbitrage commercial international (CRCICA) ont exprimé leur intérêt à l'idée d'accueillir un registre conjointement avec d'autres organisations (voir ci-dessus, par. 1, art. 9, option 2).

– *Questions à examiner si plusieurs institutions d'arbitrage sont fournisseurs de registre*

6. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner les questions suivantes s'il décide que plusieurs institutions d'arbitrage pourraient fournir les services d'un registre, comme le propose l'option 2 de l'article 9 du règlement sur la transparence:

– Si, en vue d'établir un cadre commun et de mettre en place un système cohérent, la CNUDCI devrait fournir aux institutions d'arbitrage des orientations sur des questions touchant l'établissement et le fonctionnement des registres, notamment la définition des caractéristiques communes en ce qui concerne la sécurité et le contrôle d'accès, la conception du système et le format des informations présentées; et

– Si, en vue d'améliorer l'accès du public aux informations pouvant se trouver sur le site Web de diverses organisations, il serait souhaitable de disposer d'un recueil centralisé de liens menant aux différentes affaires, qui pourrait se trouver sur le site Web de la CNUDCI et tenu par le secrétariat de la CNUDCI.

7. On trouvera dans le document A/CN.9/WG.II/WP.170 et son additif des précisions sur les diverses possibilités de mise en place d'un registre avec la participation de plusieurs institutions, comme l'ont suggéré les institutions d'arbitrage.

– *Coûts*

8. À sa cinquante-cinquième session, le Groupe de travail a invité les institutions d'arbitrage intéressées à fournir des informations sur le coût de la mise en place et de la tenue d'un lieu de conservation des informations qui seraient publiées conformément au règlement sur la transparence (A/CN.9/736, par. 133). Conformément à cette décision, le Secrétariat a adressé un questionnaire aux institutions d'arbitrage intéressées à participer aux travaux actuels du Groupe de travail ou répertoriées par la CNUCED comme institutions administrant des différends entre investisseurs et États dans le cadre de traités d'investissement[1]. Le questionnaire et les réponses reçues des institutions d'arbitrage sont reproduits dans le document A/CN.9/WG.II/WP.170 et son additif.

9. Si le Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies devait être le seul fournisseur de registre, le coût estimatif de la mise en place du système en ligne serait de 27 000 euros. Celui de la maintenance du système, de l'appui technique et de l'hébergement des données serait de 7 000 euros par an.

10. Le Groupe de travail voudra peut-être considérer qu'en fonction du nombre d'affaires, la tenue du registre nécessitera probablement un agent à temps plein. À ce stade, il n'est pas encore possible de déterminer si cet agent pourrait être affecté

---

[1] Voir *Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement*, IIA Issues Note n° 1 (2010), International Investment Agreements, p. 2; disponible le 28 juillet 2011 (en anglais seulement) à l'adresse www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20103_en.pdf; voir aussi document A/CN.9/WG.II/WP.160, par. 29.

au moyen d'une redéfinition de responsabilités où s'il faudrait engager un fonctionnaire supplémentaire.

11. Les méthodes de prise en charge des coûts du système de registre pourraient être déterminées une fois que le Groupe de travail en aurait défini les caractéristiques. Toutefois, le Groupe de travail voudra peut-être envisager à sa cinquante-cinquième session de demander à la Commission de lui indiquer s'il conviendrait de mettre en place un mécanisme de recouvrement des coûts au cas où le Secrétariat se chargerait du registre visé dans le règlement sur la transparence.

12. Si une ou plusieurs autres institutions se chargent du registre, le Secrétariat pourrait tenir à jour les liens vers les différentes affaires sur le site Web de la CNUDCI sans frais supplémentaires.

## C. Interaction entre le règlement sur la transparence et le Règlement d'arbitrage

### 1. Règlement sur la transparence et Règlement d'arbitrage de la CNUDCI

13. À sa cinquante-cinquième session, le Groupe de travail a prié le Secrétariat de fournir une analyse des questions que pourrait poser l'application du règlement sur la transparence aux arbitrages régis par le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976 (dénommé dans la présente section "Règlement d'arbitrage de 1976") et sa version révisée de 2010 (dénommé dans la présente section "Règlement d'arbitrage de 2010") (les deux versions prises conjointement sont dénommées dans la présente section "Règlement d'arbitrage de la CNUDCI") (A/CN.9/736, par. 30).

14. La présente section traite de l'interaction entre le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI et le règlement sur la transparence lorsque les deux textes s'appliquent dans le cadre de l'arbitrage entre investisseurs et États fondés sur des traités seulement (voir art. 1-5, A/CN.9/WG.II/WP.169, par. 8 et 22).

15. L'interaction entre le règlement sur la transparence et le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI se situe à trois niveaux:

- Les dispositions du règlement sur la transparence relatives à la publication des sentences arbitrales et à la publicité des audiences modifieraient les dispositions correspondantes du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI;
- D'autres dispositions du règlement sur la transparence complèteraient le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI; certaines d'entre elles, en particulier celles concernant les observations présentées par des tiers et les parties au traité non parties au litige, s'inspirent de certaines pratiques de l'arbitrage entre investisseurs et États fondés sur des traités;
- Les articles 8 et 9 du règlement sur la transparence n'auraient aucune incidence sur le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI parce qu'ils concernent uniquement l'application du règlement sur la transparence.

### a. Modification des dispositions du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI

*Publication des sentences arbitrales – Article 4 du règlement sur la transparence, modifiant le paragraphe 5 de l'article 32 du Règlement d'arbitrage de 1976 et le paragraphe 5 de l'article 34 du Règlement d'arbitrage de 2010*

16. L'article 4 du règlement sur la transparence dispose que toutes les sentences arbitrales sont publiées, sous réserve des exceptions définies dans ce règlement. L'article 4 renverserait le principe selon lequel les sentences peuvent être publiées avec le consentement des parties, énoncé au paragraphe 5 de l'article 32 du Règlement d'arbitrage de 1976 et au paragraphe 5 de l'article 34 du Règlement d'arbitrage de 2010.

*Audiences – Article 7 du règlement sur la transparence, modifiant le paragraphe 4 de l'article 25 du Règlement d'arbitrage de 1976 et le paragraphe 3 de l'article 28 du Règlement d'arbitrage de 2010*

17. L'article 7 du règlement sur la transparence dispose que "les audiences sont publiques, à moins que le tribunal arbitral n'en décide autrement après consultation des parties au litige". L'article 7 renverserait les dispositions du paragraphe 4 de l'article 25 du Règlement d'arbitrage de 1976 et du paragraphe 3 de l'article 28 du Règlement d'arbitrage de 2010, selon lesquelles l'audience "se déroule à huis clos, sauf convention contraire des parties".

### b. Complément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI

18. Les articles 1, 2, 3, 5 et 6 du règlement sur la transparence complèteraient le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

*Champ d'application – Article premier du règlement sur la transparence*

*Paragraphe 1 de l'article premier du règlement sur la transparence et paragraphe 2 de l'article premier du Règlement d'arbitrage de 2010: applications matérielle et temporelle*

19. Les deux options pour le paragraphe 1 de l'article premier, appelées "clause d'exclusion expresse" et "clause d'acceptation expresse", prévoient que le règlement sur la transparence s'applique au règlement des litiges survenant dans le cadre de traités conclus après la date de son entrée en vigueur. Pour le règlement de ces litiges, l'offre de recourir à l'arbitrage contenue dans le traité d'investissement se ferait après le 15 août 2010 (date d'entrée en vigueur du Règlement d'arbitrage de 2010) et, conformément au paragraphe 2 de l'article premier du Règlement d'arbitrage de 2010, ce dernier s'appliquerait, conjointement avec le règlement sur la transparence.

20. Les parties au traité peuvent décider que le règlement sur la transparence s'appliquerait aussi aux traités conclus avant la date d'entrée en vigueur du règlement sur la transparence (et avant la date d'entrée en vigueur du Règlement d'arbitrage de 2010).

21. Selon la clause d'exclusion expresse, le règlement sur la transparence s'appliquerait au règlement des litiges survenant dans le cadre de traités existants si ces traités prévoient l'application du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI en vigueur à la date de l'ouverture de la procédure d'arbitrage. Dans ce cas, le

règlement sur la transparence s'appliquerait conjointement avec le Règlement d'arbitrage de 2010.

22. Selon la clause d'acceptation expresse, les parties à un traité peuvent convenir d'appliquer les règles sur la transparence à leurs traités d'investissement déjà conclus. En fonction du consentement exprimé par les parties, le règlement sur la transparence peut alors s'appliquer conjointement avec le Règlement d'arbitrage de 2010 ou le Règlement d'arbitrage de 1976 (ou, selon la variante retenue de la clause d'acceptation expresse, à l'arbitrage quel que soit le règlement d'arbitrage applicable au règlement du litige).

23. En vertu des divers instruments dont les parties aux traités d'investissement peuvent disposer pour déclarer que le règlement sur la transparence peut s'appliquer aux traités d'investissement conclus avant la date d'entrée en vigueur de celui-ci (voir A/CN.9/WG.II/WP.166/Add.1, par. 10 à 23), les parties peuvent convenir de déclarer qu'il s'applique conjointement avec le Règlement d'arbitrage de 2010 ou avec le Règlement d'arbitrage de 1976 (ou plus généralement à l'arbitrage quel que soit le règlement d'arbitrage applicable au règlement du litige).

*Paragraphe 3 de l'article premier du règlement sur la transparence complétant le paragraphe 1 de l'article 15 du Règlement d'arbitrage de 1976 et le paragraphe 1 de l'article 17 du Règlement d'arbitrage de 2010*

24. Le paragraphe 3 de l'article premier du règlement sur la transparence prévoit des normes pour l'exercice du pouvoir discrétionnaire du tribunal arbitral d'une manière conforme aux principes qui sous-tendent le paragraphe 1 de l'article 15 du Règlement d'arbitrage de 1976 et le paragraphe 1 de l'article 17 du Règlement d'arbitrage de 2010.

*Ouverture de la procédure d'arbitrage – Article 2 du règlement sur la transparence complétant l'article 3 du Règlement d'arbitrage de 1976 et du Règlement d'arbitrage de 2010 et l'article 4 du Règlement d'arbitrage de 2010*

25. L'article 2 du règlement sur la transparence compléterait l'article 3 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, puisqu'il établit l'obligation pour les parties au litige de fournir des informations au registre une fois reçue la notification d'arbitrage. Il compléterait également l'article 4 du Règlement d'arbitrage de 2010 si une référence à la notification d'arbitrage est incluse à l'article 2.

*Publication de documents – Article 3 du règlement sur la transparence, complétant la section III du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI*

26. L'article 3 du règlement sur la transparence dispose que le tribunal arbitral communique les documents au registre pour publication. Cette obligation ne figure pas dans le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. L'article 3 compléterait la section III du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI relative à la procédure arbitrale.

*Observations présentées par des tiers – Article 5 du règlement sur la transparence; Observations présentées par une partie au traité non partie au litige – Article 6 du règlement sur la transparence, complétant la section III du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI*

27. Le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI est muet sur les observations présentées par des tiers. Des tribunaux arbitraux ont accepté de telles observations dans des procédures menées en vertu du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, se fondant généralement sur le pouvoir d'appréciation que leur laisse le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, de "procéder à l'arbitrage comme il[s] le juge[nt] approprié"[2]. Des tribunaux arbitraux ont également considéré que le paragraphe 4 de l'article 25 du Règlement d'arbitrage de 1976 (correspondant au paragraphe 3 de l'article 28 du Règlement d'arbitrage de 2010) ne les empêchait pas de recevoir des observations écrites[3].

28. Les articles 5 et 6 du règlement sur la transparence complèteraient donc la section III du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI en codifiant la manière dont, dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités, le tribunal arbitral devrait traiter les observations présentées par des tiers ou par des parties au traité non parties au litige.

### c. Aucun effet sur le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI

*Exceptions à la transparence – Article 8 du règlement sur la transparence*

29. L'article 8 traite des exceptions au règlement sur la transparence. Il définit les informations qui, considérées comme confidentielles ou sensibles, ne doivent pas être publiées. Aucune disposition sur les informations confidentielles ou sensibles ne figure dans le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. L'article 8 traite aussi de la question de la protection de l'intégrité du processus arbitral, dans le cadre restreint de l'incidence de la transparence sur le processus arbitral.

30. L'article 8 n'aurait aucune incidence sur le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI parce qu'il ne vise que l'application du règlement sur la transparence.

---

[2] Voir par exemple *Methanex Corporation* c. *États-Unis d'Amérique*, Décision du tribunal relative aux requêtes de tiers aux fins d'intervenir en qualité d'*amici curiae*, 15 janvier 2001; voir aussi *United Parcel Service of America, Inc.* c. *Gouvernement du Canada*, Décision du tribunal relative aux requêtes aux fins d'intervenir et de participer en qualité d'*amici curiae*, 17 octobre 2001, disponible à l'adresse: http://naftaclaims.com/Disputes/USA/Methanex/Methanex DecisionReAuthorityAmicus.pdf; *Glamis Gold, Ltd.* c. *les États-Unis d'Amérique*, Décision sur la requête et les observations présentées par la Nation indienne Quechan", 16 septembre 2005, disponible à l'adresse: www.naftaclaims.com/Disputes/USA/Glamis/Glamis-Amicus-Decision--16-09-05.pdf. Voir aussi les observations des États-Unis d'Amérique dans le document A/CN.9/159/Add.3 sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités.

[3] Voir par exemple *United Parcel Service of America, Inc.* c. *Gouvernement du Canada*, Décision du tribunal relative aux requêtes aux fins d'intervenir et de participer en qualité d'*amici curiae*, 17 octobre 2001, par. 65 à 68, disponible à l'adresse: http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/IntVent_oct.pdf.

*Lieu de conservation des informations publiées – Article 9 du règlement sur la transparence, et autorités de nomination*

31. L'article 9 du règlement sur la transparence prévoit la mise en place d'un lieu de conservation des informations publiées, qui peut consister en une ou plusieurs institutions fournissant des services de registre. Dès que le tribunal arbitral est constitué, le registre communique principalement avec lui aux fins de la publication des documents.

32. L'option 2 de l'article 9 prévoit une liste d'institutions d'arbitrage pouvant être choisies par les parties pour faire office de registre. Il convient de noter que le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI prévoit la désignation d'une autorité de nomination pouvant aider les parties dans certains cas. Il est probable que si les parties choisissent comme autorité de nomination une institution répertoriée en vertu de l'article 9 (option 2), celle-ci sera également le lieu de conservation des informations publiées en l'espèce. Cependant, l'option 2 de l'article 9 ne dispose pas que si une autorité de nomination est désignée, elle fera nécessairement office de registre, puisque qu'elle peut aussi être une personne physique et qu'elle peut aussi être choisie par les parties à un stade avancé de la procédure.

33. Il convient d'examiner l'article 9 conjointement avec les articles du règlement sur la transparence uniquement, puisqu'il vise à traiter des moyens de publication. Il n'aurait aucune incidence sur le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

*Répartition des frais*

34. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le paragraphe 1 de l'article 40 du Règlement d'arbitrage de 1976 et le paragraphe 1 de l'article 42 du Règlement d'arbitrage de 2010 disposent que "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." La répartition des frais résultant de l'application du règlement sur la transparence serait régie par ces mêmes dispositions du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

### 2. Règlements d'arbitrage des institutions internationales d'arbitrage

35. Les observations des institutions d'arbitrage sur l'interaction entre le règlement sur la transparence et leurs propres règlements seront publiées par le Secrétariat à mesure qu'il les reçoit.

## III. Projet de convention sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités

36. À sa cinquante-cinquième session, le Groupe de travail a examiné le texte d'un projet de convention sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités, contenu dans le document A/CN.9/WG.II/WP.166/Add.1, au paragraphe 19. Il a considéré qu'une convention sur l'applicabilité du règlement sur la transparence était réalisable et intéressante en ce qu'elle permettrait au Groupe de travail de s'acquitter au mieux de son mandat, à savoir améliorer la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités. Le

Groupe de travail a rappelé qu'il comprenait que cette convention rendrait le règlement sur la transparence applicable uniquement aux traités d'investissement entre États (ou organisations d'intégration économique régionale) parties qui seraient également parties à la convention (A/CN.9/736, par. 135).

37. Le texte d'un projet de convention sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités pourrait se lire comme suit.

*"Article premier. Champ d'application*

*1. La présente Convention s'applique aux arbitrages entre investisseurs et États [régis par le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI] qui sont conduits sur la base d'un traité prévoyant la protection des investissements ou des investisseurs entre les Parties contractantes à la Convention.*

*2. L'expression 'traité prévoyant la protection des investissements ou des investisseurs' désigne tout accord d'investissement entre les Parties contractantes, y compris un accord bilatéral ou multilatéral d'investissement ou de libre-échange, dès lors qu'il contient des dispositions relatives à la protection des investissements et au droit des investisseurs de recourir à l'arbitrage contre les parties au traité.*

*Article 2. Interprétation*

*Pour l'interprétation de la présente Convention, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application et le respect de la bonne foi dans le commerce international.*

*Article 3. Utilisation du Règlement de la CNUDCI sur la transparence*

*Chaque Partie contractante consent à appliquer le Règlement de la CNUDCI sur la transparence aux arbitrages entre investisseurs et États [régis par le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI] qui sont conduits sur la base d'un traité prévoyant la protection des investissements ou des investisseurs entre les Parties contractantes à la Convention. Ce consentement n'empêche en rien les Parties contractantes d'appliquer des normes prévoyant un degré de transparence plus élevé que le Règlement sur la transparence.*"

**Remarques**

38. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner le libellé du projet de convention énoncé ci-dessus au paragraphe 37. Ce libellé tient compte de la suggestion faite à la cinquante-cinquième session du Groupe de travail, que les premiers mots de l'article 3 du projet de convention soient modifiés et libellés, par souci de précision, comme suit: "Chaque Partie contractante accepte d'appliquer le Règlement sur la transparence de la CNUDCI" (A/CN.9/736, par. 135). La définition du terme "traité prévoyant la protection des investissements ou des investisseurs" a été modifiée de manière à être plus proche de la définition proposée pour ce terme à l'article premier du règlement sur la transparence (A/CN.9/WG.II/WP.169, par. 8, 23 et 24).

39. Une éventuelle convention sous la forme d'une déclaration générale d'applicabilité, telle que proposée dans la présente note, ne reprend pas le contenu du règlement sur la transparence actuellement élaboré par le Groupe de travail, mais

exprime le consentement des Parties contractantes à appliquer ce règlement aux arbitrages fondés sur leurs traités d'investissement existant à la date d'entrée en vigueur de la convention. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner plus avant la question soulevée à sa cinquante-cinquième session, de savoir si la convention devrait aussi inclure le texte du règlement sur la transparence (A/CN.9/736, par. 135).

40. Le projet de convention ne comprend pas les dispositions que l'on retrouverait généralement dans une convention, notamment le préambule et les dispositions finales, concernant entre autres le dépositaire, la signature, la ratification, l'acceptation, l'approbation, l'adhésion, les réserves, l'entrée en vigueur, la révision et les amendements, et la dénonciation. Ces dispositions pourraient être rédigées ultérieurement si on considère qu'il y a lieu de poursuivre l'élaboration d'une convention

41. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le libellé du projet de convention se veut le plus générique possible, de sorte que le projet puisse s'appliquer au plus grand nombre possible de traités d'investissement.

## F. Note du Secrétariat concernant le règlement des litiges commerciaux: transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités – observations d'institutions d'arbitrage sur la création d'un lieu de conservation des informations publiées ("registre"), soumise au Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) à sa cinquante-sixième session (A/CN.9/WG.II/WP.170 et Add.1)

**[Original: anglais]**

**TABLE DES MATIÈRES**


*Paragraphes*

I. Introduction . . . 1

II. Questionnaire sur le coût de la création et de la gestion d'un lieu de conservation des informations publiées ("registre") . . . 2-3

III. Observations reçues des institutions d'arbitrage . . .

A. London Court of International Arbitration (LCIA) . . .

B. Centre régional du Caire pour l'arbitrage commercial international (CRCICA) . . .

C. Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm . . .

D. La Cour permanente d'arbitrage (CPA) . . .


# I. Introduction

1. Pour préparer la cinquante-sixième session du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation), durant laquelle celui-ci devrait poursuivre ses travaux sur l'élaboration d'une norme juridique sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités, les institutions d'arbitrage intéressées ont été invitées, à la cinquante-cinquième session du Groupe de travail, à fournir des informations sur le coût de la création et de la gestion d'un lieu de conservation des informations publiées en application de la norme juridique sur la transparence ("registre") (A/CN.9/736, par. 133). Conformément à la décision du Groupe de travail, le Secrétariat a envoyé le 18 octobre 2011 un questionnaire aux institutions d'arbitrage qui avaient exprimé le souhait d'être associées aux activités menées actuellement par celui-ci, ou qui figuraient sur la liste des institutions s'occupant de litiges entre investisseurs et États établie par la CNUCED[1]. Ce questionnaire est reproduit à la section II ci-après. Les commentaires des institutions d'arbitrage sont

[1] Voir *Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement*, IIA Issues Note n° 1 (2010), International Investment Agreements, p. 2; en ligne le 28 novembre 2011 (en anglais seulement) à l'adresse www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20103_en.pdf; voir également le document A/CN.9/WG.II/WP.160, par. 29.

reproduits à la section III de la présente note tels qu'ils ont été reçus par le Secrétariat.

## II. Questionnaire sur le coût de la création et de la gestion d'un lieu de conservation des informations publiées ("registre")

2. Dans le questionnaire diffusé par le Secrétariat, le rôle du registre et les hypothèses concernant le volume de travail étaient présentés comme suit:

> "De manière générale, le fournisseur de registre serait chargé de rendre accessible au public, sur Internet, les informations reçues d'un tribunal arbitral, conformément aux règles sur la transparence. Pour le fournisseur, il s'agirait principalement de publier sur son site Web:
>
> - Des informations tirées de la notification d'arbitrage envoyée par une partie, telles que le nom des parties, le domaine d'activité concerné et le traité d'investissement en vertu duquel le tribunal est saisi; et
> - Les documents reçus ou émis par le tribunal arbitral au cours de la procédure arbitrale, tels qu'ils ont été reçus. La liste de ces documents n'a pas encore été fixée mais elle pourrait inclure la notification d'arbitrage et la réponse à celle-ci, les mémoires, déclarations de témoins et rapports d'experts, pièces jointes (ou une table des matières de celles-ci), les observations des tiers et des États parties non contestants et les décisions et ordonnances du tribunal arbitral. Le registre pourrait recevoir les documents sur support papier ou électronique.
>
> Sur cette base, le secrétariat de la CNUDCI souhaiterait que [nom de l'institution] lui envoie une estimation de coûts, en partant de l'hypothèse que, si elle est seul fournisseur[2], elle pourrait devoir publier des informations concernant une cinquantaine d'affaires par an, et si elle fait partie d'un groupe d'organismes fournisseurs, elle pourrait devoir traiter jusqu'à 10 affaires par an. Le registre serait prié de fournir pour chaque litige une adresse URL distincte accessible depuis le site Web de la CNUDCI."

3. Les questions sur le coût de la création et de la gestion d'un registre par un seul fournisseur [CPA ou CIRDI] ou par un groupe de fournisseurs étaient les suivantes:

> "1) À combien estimez-vous le coût initial de la mise en place par votre organisme d'un système de registre public en ligne (adaptation de systèmes électroniques existants ou développement d'un nouveau système)?
>
> 2) À combien estimez-vous les frais annuels de gestion du registre que votre organisme devrait supporter? Veuillez tenir compte des dépenses de personnel, publication en ligne des documents relatifs aux affaires, sécurité

---

[2] L'expression "seul fournisseur" n'a été utilisée que dans le questionnaire envoyé au Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) et à la Cour permanente d'arbitrage (CPA) (voir A/CN.9/717, par. 148).

des données, conservation des documents papier, maintenance du serveur et du système et autres dépenses de fonctionnement.

3) Comment votre organisme envisagerait-il de couvrir le coût du système (par exemple en demandant des frais aux parties au litige)?

4) Si votre organisme décidait de demander des frais aux parties, à combien en estimez-vous le montant?"

# III. Observations reçues des institutions d'arbitrage

## A. London Court of International Arbitration (LCIA)

Réponse du Directeur général
Date: 15 novembre 2011

J'ai le plaisir de confirmer que la LCIA est en principe disposée à faire office de fournisseur de registre aux fins de l'application du Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités.

Aux quatre questions que vous avez posées, je répondrai donc comme suit:

*Q1. À combien estimez-vous le coût initial de la mise en place par votre organisme d'un système de registre public en ligne?*

R1. Nous proposerions de créer à cet effet un site Web avec son propre serveur, exploité et tenu séparément de notre propre site afin d'en assurer l'efficacité et d'en faciliter l'emploi et l'accès.

Nous estimons à environ 10 000 livres sterling (11 700 euros) le coût initial de la mise en place du système, y compris la conception du site Web et le système de gestion du contenu.

*Q2. À combien estimez-vous les frais annuels de gestion du registre que votre organisme devrait supporter?*

R2. Nous estimons à environ 4 000 livres (4 700 euros) les frais annuels courants de la gestion du site Web, y compris l'hébergement, l'appui et l'administration du système de gestion du contenu.

Ce montant comprend la rémunération du personnel affecté uniquement à la maintenance des systèmes. Pour ce qui est du coût des tâches administratives, voir les réponses R3 et R4 ci-après.

Il n'est pas possible d'estimer à ce jour le coût de conservation des documents papier, puisque nous n'avons aucune idée du volume probable de ces documents par rapport aux documents électroniques. À supposer que tous les documents papier reçus soient scannés et téléchargés sur le site Web puis conservés pendant une période définie, le coût de conservation serait de 0,41 livre (0,48 euro) par pied cube par mois, soit 14,47 livres (16,95 euros) par mètre cube par mois.

Il va de soi que ces frais annuels courants pourraient être examinés et ajustés en fonction de l'inflation et d'autres facteurs liés au marché.

*Q3. Comment votre organisme envisagerait-il de couvrir le coût du système (par exemple en demandant des frais aux parties au litige)?*

R3. La LCIA envisagerait de couvrir les coûts du système de registre en demandant aux parties de payer un droit d'inscription initiale de 1 000 livres (1 170 euros) plus le temps consacré à l'administration de chaque affaire, facturé selon le barème d'honoraires en vigueur, soit 225 livres (263 euros) l'heure pour le Conservateur, le Conservateur adjoint et le Conseil; et de 100 livres (117 euros) à 150 livres (175 euros) l'heure pour les autres membres du personnel du secrétariat, en fonction de l'activité.

La LCIA facturerait en outre tous les frais occasionnés par chaque renvoi, notamment le coût de conservation ou d'archivage des documents papier.

*Q4. Si votre organisme décidait de demander des frais aux parties, à combien en estimez-vous le montant?*

R4. Là encore, il est impossible d'indiquer le montant total qui serait demandé aux parties par affaire sans autres informations sur les tâches administratives à prévoir ou le volume de documents à traiter. Néanmoins, ce service serait similaire aux services administratifs tels que la conservation de fonds, que la LCIA fournit désormais régulièrement dans le cadre d'arbitrages ad hoc et qui ont la réputation d'être hautement efficaces et économiques.

Nous serions très heureux de préciser ces estimations. Si la CNUDCI pouvait nous fournir des informations complémentaires, nous pourrions mieux évaluer le volume de travail par affaire et donc le temps de travail du personnel de la LCIA.

## B. Centre régional du Caire pour l'arbitrage commercial international (CRCICA)

Réponse du Directeur
Date: 17 novembre 2011

Le Centre régional du Caire pour l'arbitrage commercial international (CRCICA) a le plaisir de confirmer qu'il est disposé à accueillir un registre.

D'après les informations préliminaires obtenues concernant le coût de la mise en place, du fonctionnement et du maintien d'un tel service, nous estimons à environ 25 000 dollars des États-Unis le coût initial d'un système de registre public en ligne, auxquels s'ajouteraient des frais annuels compris entre 3 000 et 5 000 dollars.

Le CRCICA demanderait aux parties des frais compris entre 3 000 et 5 000 dollars en fonction de la taille et du format des documents à publier.

## C. Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm

Réponse du Secrétaire général
Date: 25 novembre 2011

1. Le texte qui suit est notre première évaluation des questions qu'il conviendra d'examiner si un service de registre est mis en place en vertu d'un ensemble de règles sur la transparence élaboré par la CNUDCI.

2. L'Institut souhaite d'abord préciser que dans les lignes qui suivent, rien ne doit être interprété comme signifiant qu'il est partisan d'une norme spécifique sur la transparence. Ce texte vise uniquement à décrire des solutions qui permettraient à des institutions d'arbitrage telles que l'Institut de contribuer à une application efficace et moderne du Règlement de la CNUDCI sur la transparence, indépendamment de son contenu final. Sachant que le texte du Règlement n'est pas encore définitif, l'Institut se doit de préciser que la présente réponse pourrait être modifiée à la lumière de la version définitive du texte.

3. Le présent document identifie trois scénarios potentiels de mise en place d'un système de registre décrits dans la première section. Dans la deuxième section, nous répondons aux questions posées dans votre lettre du 18 octobre 2011.

4. Le projet d'article intitulé "Lieu de conservation des informations publiées ('registre')" fait référence à des "informations" qui doivent être mises à la disposition du public et non à des "documents", terme qui a également été utilisé. Aux fins de la présente lettre, l'Institut est parti du principe que les éléments à publier renvoyaient à la notion plus vaste d'"informations".

## A. SOLUTIONS POSSIBLES. REMARQUES GÉNÉRALES

5. Plusieurs solutions techniques pourraient être utilisées pour créer un système de registre public en ligne. Les conditions de forme qui seront finalement définies dans le Règlement de la CNUDCI sur la transparence, l'utilisation prévue du contenu du registre, le degré de convivialité voulu et les normes de sécurité sont autant de facteurs déterminant les caractéristiques d'un tel système et donc aussi l'évaluation du coût de sa mise en place et de sa gestion.

6. Un élément important du choix de la solution technique est la facilité d'utilisation du registre, fondamentale si l'on veut que le Règlement ait une importance pratique.

7. Pour améliorer encore l'accès du public, cela vaut peut-être la peine de se demander s'il serait possible – et souhaitable – que toutes les informations relatives aux arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités soient accessibles dans un lieu de conservation commun ayant un seul point d'accès, c'est-à-dire un portail Web commun. Les informations accessibles par ce portail pourraient toujours être fournies par différentes institutions, mais pour les utilisateurs il n'y aurait qu'un seul point d'accès. Le présent document décrit donc trois scénarios distincts de mise en place du registre: a) un lieu de conservation commun à toutes les institutions participantes, b) un répertoire distinct pour chaque institution, mais avec un cadre commun et un ensemble commun de liens vers les différents litiges, et c) des services de registre entièrement distincts pour chaque institution.

8. Les premières remarques générales ci-après valent toutefois pour les trois scénarios.

*Sécurité et statistiques*

9. La sécurité des informations est une question importante qui doit être prise en compte quel que soit le type de service de registre envisagé. La crédibilité du registre et des règles sur la transparence dépendra de la précision et de la fiabilité

des informations publiées. Lors de la mise en place du registre, il faudra donc tenir compte de la sécurité des informations et faire en sorte qu'une personne non autorisée ne puisse modifier ni supprimer des informations dans le système. Les informations publiées dans le registre ne devraient pouvoir être modifiées ou supprimées que dans des conditions précises bien définies afin d'en garantir la sécurité et la fiabilité.

10. Des recommandations et pratiques optimales en la matière pourraient être consignées dans des recommandations que la CNUDCI élaborerait sur le modèle des "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", de 1982.

11. Pour garantir le traitement sécurisé des informations, il serait préférable d'utiliser un système de gestion documentaire bien conçu doté de mécanismes de sécurité et de contrôle des droits d'accès, ainsi que d'une fonction de traçage. Ces mécanismes de sécurité et de contrôle permettront d'empêcher toute personne non autorisée d'accéder aux informations. En dotant le système de registre d'une fonction de traçage, on pourra aussi contrôler l'administration du système et savoir qui a téléchargé des documents, procédé à des modifications ou supprimé des informations.

12. Du point de vue de la sécurité, il importe également que ce soit toujours la version finale de toute information qui soit téléchargée dans le registre. Pour ce qui est des informations sensibles non soumises à la transparence, l'information figurant dans le registre devra être le document expurgé et jamais le fichier initial complet. Au contraire, il est recommandé que l'administrateur conserve le fichier initial dans un système de gestion des documents interne et distinct.

*Format de l'information*

13. Il est prévu que les données à publier dans le registre consistent en "informations" et pas seulement en "documents". L'Institut considère donc que ces données ne seront pas seulement des documents au format Word ou PDF mais aussi des informations sous d'autres formats, tels que des retransmissions en ligne ou des enregistrements d'audiences. Idéalement, la solution technique retenue devrait être suffisamment souple pour accueillir tous les formats pertinents et permettre aux utilisateurs d'accéder facilement aux informations depuis le site Web du registre.

14. Un élément important dans ce contexte est la durée durant laquelle la retransmission en ligne ou l'enregistrement vidéo doivent rester disponibles et les fonctionnalités associées. Il est conseillé de ne permettre que le visionnage d'une retransmission en ligne ou d'un enregistrement vidéo, sans possibilité de téléchargement. (Sur YouTube par exemple, les vidéos peuvent être visionnées, mais pas téléchargées.)

15. Pour garantir la durabilité nécessaire et proposer un format standard accessible (au moyen d'un lecteur que chacun peut télécharger gratuitement), les documents devraient de préférence être mis en ligne en PDF, dans un format permettant la recherche en texte libre. Cette fonction est généralement incluse lors de la conversion d'un document Word en PDF, mais s'il s'agit de scanner des documents papier, il faut utiliser un scanner à reconnaissance optique des caractères.

16. Il convient de déterminer s'il faut ou non permettre aux utilisateurs de télécharger des documents du registre ou, en d'autres termes, si les textes seront publiés au format PDF libre ou uniquement en affichage sécurisé.

*Faciliter l'accès aux informations*

17. Les arbitrages entre investisseurs et États portent sur des litiges complexes, qui exigent beaucoup de travail et génèrent souvent une documentation abondante. Dans ce contexte, on peut se demander si une solution se limitant à publier (ou à énumérer) la documentation sur un site Web est suffisante pour satisfaire à l'objectif de transparence.

18. Pour développer et mettre en œuvre un service de registre, il faudra donc tenir compte du volume des informations et de la manière de les rendre aisément accessibles. Si les informations sont très volumineuses et peu structurées, il peut être plus difficile d'y accéder utilement. Il ne suffira donc peut-être pas de les rendre accessibles au public pour satisfaire aux objectifs de transparence. Il faudra peut-être inclure dans le registre des outils permettant aux utilisateurs d'accéder aux informations et de retrouver celles dont ils ont besoin au moyen d'outils de recherche modernes.

19. Le système de registre devrait de préférence permettre à la fois des recherches en texte libre et des recherches structurées. Si on utilise un système moderne de gestion des documents pour structurer les informations, celui-ci sera doté d'une fonction permettant de définir les données qui doivent être sauvegardées avec chaque fichier ("métadonnées"). Il peut s'agir par exemple de la date, du type d'information (document, présentation, retransmission en ligne, etc.) et de la provenance de l'information (partie ou tiers). Ces données peuvent être utilisées pour filtrer les informations et faire des recherches structurées.

20. En résumé, une fonction de recherche structurée efficace facilitera l'accès aux informations.

*Données personnelles*

21. Une question importante qu'il faudra peut-être régler est celle de savoir si le registre contiendra des données personnelles qui pourraient être soumises aux règles de la Directive sur la protection des données de l'UE (95/46/CE).

*Appui linguistique*

22. Si on part du principe que toutes les informations du système de registre seront en anglais, la fonction de recherche ne doit fonctionner que dans cette langue. Toutefois, il contiendra probablement aussi des informations dans d'autres langues. Il convient d'en tenir compte en développant la structure et les possibilités de filtrage du système, et en prévoyant des fonctions de recherche plurilingue.

*Appui à l'accès mobile*

23. Pour faciliter encore l'accès aux informations du registre, il pourrait être envisagé de prévoir un appui aux appareils mobiles tels qu'iPads, iPhones et Androids, ce qui correspondrait à la manière moderne de travailler et d'accéder aux

informations. Les systèmes standard disposent souvent d'une fonction intégrée d'appui aux appareils mobiles, qui pourrait être utilisée.

## B. SOLUTIONS POSSIBLES. TROIS SCÉNARIOS

### a) Scénario 1: Lieu de conservation commun à l'ensemble des instituts participants

24. Le premier scénario de mise en œuvre suggéré pour la mise en place du registre est la création d'un lieu de conservation commun à l'ensemble des instituts participants. Toutes les informations concernant l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités serait alors accessible dans un seul lieu de conservation avec un seul point d'entrée, c'est-à-dire un seul portail Web. Les utilisateurs ne devraient donc apprendre qu'un seul système mais le contenu pourrait être fourni par plusieurs institutions distinctes.

25. Ce lieu de conservation commun fournirait une vue d'ensemble de l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités et non une vue partielle en fonction de l'institut désigné. Un système de secours conjoint de haute qualité pourrait être développé et donc appliqué à toutes les affaires rendues publiques en vertu du règlement sur la transparence, quels que soient le règlement d'arbitrage ou l'organisme choisis.

26. On trouvera ci-après la description d'une solution technique possible et de son administration.

*Solution possible*

27. Le système de registre a pour objet d'appuyer le règlement sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur les traités en rendant accessibles au public les informations pertinentes. Pour que le registre en ligne puisse véritablement et concrètement servir cet objectif, il importe de le doter d'une fonction de recherche, d'une structure et d'une interface permettant à l'utilisateur de retrouver la bonne information.

28. En outre, la solution retenue pour le système de registre doit permettre de gérer les questions de sécurité et divers formats de fichiers d'information. Un autre élément à prendre en compte est la possibilité d'assurer la durabilité du système, et donc sa maintenance et son développement à long terme.

29. Pour que le système de registre repose sur une solution technique stable avec toutes les fonctionnalités requises, il serait bon de recourir à des solutions standard plutôt que de créer un système de toutes pièces.

30. La solution technique pourrait consister en un système standard en trois parties: 1) un portail Web, point d'accès public; 2) des pages Web distinctes pour chaque litige; et 3) un système de gestion des documents avec interface Web.

*Solution technique potentielle*

31. Le registre pourrait se fonder sur un système moderne standard de gestion des documents.

32. Pour que le système soit facile à utiliser, un portail Web se superposerait au système de gestion des documents. Ce portail Web lui-même pourrait comporter une page Web distincte pour chaque litige, accessible par le point d'entrée du portail.

33. Chaque page Web concernant un litige contiendrait par exemple les informations suivantes:

– Une brève description du litige, conformément au règlement sur la transparence;

– Des informations sur l'évolution du litige et les nouvelles pièces ajoutées;

– Un calendrier et un échéancier indiquant notamment les prochaines retransmissions en ligne, avec un lien direct à celles-ci;

– Un point d'accès aux répertoires où toutes les pièces numérisées du système de gestion des documents seront accessibles au moyen d'une interface Web;

– Les coordonnées de l'institution arbitrale concernée.

34. À chaque litige serait attribuée une adresse URL distincte, ce qui permettrait d'y accéder directement à partir d'autres sites Web ou même de forums où ce litige est discuté (tels que le blog arbitrage Kluwer). Une possibilité – moderne – serait de prévoir une fonction de traçage permettant de suivre facilement les discussions, analyses et autres références concernant un litige sur d'autres sites Web, blogs et forums de discussion, au départ de la page Web de chaque litige. Il importerait alors de préciser, au nom de la neutralité, que les commentaires obtenus au moyen de ce système sont le fait de tiers et ne reflètent en aucun cas l'opinion de l'institution saisie du litige.

*Durée et coût de la mise en œuvre*

35. Si le système de registre est développé sur la base du modèle d'informatique en nuage en tant que logiciel-service (SaaS)[3], les coûts pourraient être échelonnés et des logiciels standard bien conçus pourraient être utilisés sans gros investissement initial, ce qui réduirait le coût de mise en œuvre.

36. On ne saurait estimer à ce stade le coût total d'un système de registre, qui dépendra finalement des caractéristiques recherchées et des fonctions qu'il est censé remplir. Selon les conditions de l'accord qui serait conclu avec un fournisseur tiers, le coût du développement (seul) pourrait, selon l'expérience de l'Institut, aller de 20 000 à plus de 150 000 euros. Nous tenons cependant à souligner à nouveau qu'il est impossible de donner véritablement une prévision à ce stade.

37. On peut toutefois prévoir que les coûts de développement, de mise en œuvre et d'administration d'un système de registre se répartiraient en trois catégories:

i. Coûts initiaux de spécification des exigences et de développement du système en collaboration avec le fournisseur du service, coûts de mise en œuvre, coûts du système de secours et formation des administrateurs;

---

[3] Le logiciel-service (SaaS) est une technique d'informatique en nuage permettant l'utilisation de logiciels sans installation sur l'ordinateur. Pour de plus amples informations, voir la définition de Gartner: www.gartner.com/technology/it-glossary/saas.jsp.

ii. Dépenses de fonctionnement: licences, surveillance et maintenance du système;

iii. Dépenses administratives d'exploitation.

38. Le coût initial de mise en œuvre pourrait être maintenu à un niveau raisonnable et le coût de l'ensemble du projet échelonné, s'ils sont répartis entre les instituts participants et autres parties concernées.

*Organisation administrative et répartition des rôles*

39. Si le système de registre est conçu comme un lieu de conservation commun à l'ensemble des fournisseurs de registre, plusieurs rôles doivent être envisagés.

40. Il faut que le système ait un propriétaire. Il peut s'agir du secrétariat de la CNUDCI, d'un ensemble d'institutions d'arbitrage, d'une seule institution ou d'un tiers jugé digne de cette fonction. Le propriétaire sera chargé de définir les politiques du système, d'approuver la nomination des administrateurs, la mise en œuvre et toutes les grandes modifications, et il exercera un contrôle sur l'ensemble des informations du système.

41. Il faudra un responsable de la gestion du système, qui assurera son administration au jour le jour, notamment l'appui technique, la surveillance du système, la sauvegarde et l'accessibilité.

42. Il pourrait y avoir plusieurs administrateurs du système. Il s'agirait des institutions administrant les litiges d'arbitrage survenant entre investisseurs et États dans le cadre de traités lorsque le règlement de la CNUDCI sur la transparence est appliqué.

*Répartition des frais administratifs*

43. Outre le coût initial de développement et de mise en œuvre du système de registre, il y a deux types de dépenses administratives récurrentes:

i. Licences, surveillance et maintenance du système;

ii. Dépenses administratives de création de pages Web pour chaque litige et de publication des informations.

44. Pour les parties, les coûts se diviseraient en i) un coût de départ initial comprenant la création de la page Web du litige, le répertoire correspondant et le droit (licence) d'utilisation du système, et ii) un coût variant selon le nombre de documents et les autres informations publiées pour chaque litige.

45. L'Institut suppose que la question du coût sera réglée d'une manière ou d'une autre par l'administrateur du registre, qui se tournera vers les parties. Celles-ci devront probablement au début de l'arbitrage avancer une partie du coût du mécanisme de transparence.

*Sécurité des données et systèmes de secours*

46. Si le système de registre est créé comme lieu de conservation unique, un seul système de secours devra être mis en place et contrôlé. Dans ce cas, le coût de ce système pourrait être inclus dans le coût de mise en œuvre et de maintenance du système et réparti entre les instituts participants.

47. Comme on l'a dit plus haut, il importe que le système maintienne un degré élevé de sécurité des données. Les informations du registre doivent être fiables et ne peuvent en aucun cas être modifiées par des utilisateurs non autorisés. La durabilité souhaitée aura une incidence sur le format du contenu. Un système de gestion documentaire bien conçu devrait permettre de traiter comme il se doit les questions de sécurité, de contrôle des droits d'accès et de traçage.

48. Enfin, il convient de mettre en place de solides procédures de secours.

**b) Scénario 2: Lieux de conservation distincts pour chaque institut mais avec un cadre commun et un ensemble commun de liens vers les différents litiges**

49. Dans ce scénario, chaque registre, dont l'Institut, établit un système ayant les mêmes caractéristiques techniques que dans le scénario 1 ci-dessus.

50. Cependant, il est souhaitable de disposer d'un cadre commun. Une recommandation de la CNUDCI pourrait être utile à cet égard, tout comme 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 (1982)" aident les institutions d'arbitrage agissant en tant qu'autorité de nomination. Ce cadre commun traiterait de questions telles que les systèmes de secours, structures, normes concernant les définitions et les métadonnées, ou le format des fichiers contenant les informations.

51. Dans ce cas de figure, un point d'accès commun pourrait également être mis en place en reliant chacun des systèmes de registre par exemple au départ du site Web de la CNUDCI.

**c) Scénario 3: Services de registre entièrement distincts pour chaque institut**

52. Dans ce scénario, chaque institut participant développerait son propre service de registre et donnerait sa propre interprétation de l'application pratique du règlement sur la transparence.

53. L'inconvénient d'un tel scénario est évidemment le manque de coordination et de cadre commun pour les évaluations de fond. Les utilisateurs devraient se familiariser avec plusieurs systèmes aux fonctions et structures différentes et les informations sur l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités seraient dispersées. Les systèmes de secours pourraient aussi avoir différents niveaux et différentes normes, ce qui risquerait de provoquer des inégalités dans la sécurité des informations.

## C. LES QUESTIONS

*1) À combien estimez-vous le coût initial de la mise en place par votre organisme d'un système de registre public en ligne?*

54. Il est impossible à ce stade d'estimer le coût total d'un système de registre, étant donné que celui-ci dépendra dans une grande mesure des caractéristiques de ce système et des fonctions qu'il est censé remplir.

55. Cependant, il est possible de prévoir que si le système de registre est développé selon un modèle de logiciel-service (informatique en nuage) tel que celui décrit ci-dessus, les coûts pourraient être échelonnés et des logiciels standard bien

conçus pourraient être utilisés sans gros investissement initial, ce qui réduirait le coût de mise en œuvre.

*2) À combien estimez-vous les frais annuels de gestion du registre que votre organisme devrait supporter?*

56. Voir ci-dessus, dans la description de l'organisation administrative et de la répartition des coûts administratifs, les facteurs ayant une incidence sur cette estimation.

*3) Comment votre organisme envisagerait-il de couvrir le coût du système (par exemple en demandant des frais aux parties au litige)?*

57. Voir la description générale ci-dessus.

*4) Si votre organisme décidait de demander des frais aux parties, à combien en estimez-vous le montant?*

58. Veuillez noter qu'à ce stade il n'est pas possible de fournir une estimation, et que ce montant dépendra entièrement des attentes pour ce qui est du contenu et des fonctionnalités du système.

## D. La Cour permanente d'arbitrage (CPA)

Réponse du Vice-Secrétaire général
Date: 25 novembre 2011

1. La Cour permanente d'arbitrage (CPA) est heureuse de répondre à la lettre du 18 octobre 2011 dans laquelle le secrétariat de la CNUDCI lui demandait à combien elle estimait le coût d'un registre des informations et documents qui seraient rendus publics en vertu du règlement sur la transparence actuellement examiné par le Groupe de travail II.

2. La CPA est disposée à tenir un tel registre en tant que fournisseur unique ou avec d'autres organisations. On trouvera ci-après des réponses détaillées aux questions posées par le secrétariat de la CNUDCI dans la lettre susmentionnée.

*1) À combien estimez-vous le coût initial de la mise en place par votre organisme d'un système de registre public en ligne (adaptation de systèmes électroniques existants ou développement d'un nouveau système)?*

*a. Comme fournisseur unique*

3. La CPA publie déjà sur son site Web des informations concernant les affaires menées sous ses auspices[4], conformément aux instructions qu'elle reçoit des parties ou du tribunal dûment constitué dans chaque affaire[5]. La mise en place d'un

---

[4] Le rôle de la CPA en tant que dépositaire des informations et documents relatifs aux affaires est prévu dans les textes fondateurs de la Cour. Selon l'article 22 de la Convention de 1899 pour le règlement pacifique des conflits internationaux, "[u]n bureau international établi à La Haye sert de greffe à la Cour. Ce Bureau [...] a la garde des archives et la gestion de toutes les affaires administratives". Une disposition identique figure à l'article 43 de la Convention de 1907 pour le règlement pacifique des conflits internationaux.

[5] Voir par exemple *Polis Fondi Immobliare di Banche Popolare S.G.R.p.A* c. *Le Fonds international de développement agricole (FIDA)*, affaire CPA n° 2010-8, à l'adresse http://pca-

système de registre public en ligne n'entraînerait donc pas de dépense d'infrastructure supplémentaire.

*b. Comme un fournisseur parmi d'autres*

4. Voir la réponse 1 a) ci-dessus.

*2) À combien estimez-vous les frais annuels de gestion du registre que votre organisme devrait supporter?*

5. L'estimation demandée dépend en grande partie de la quantité de documents conservés par affaire. La lettre du secrétariat de la CNUDCI étant muette sur ce point, nous vous soumettons une estimation pour quatre scénarios, sur la base du temps de traitement moyen d'un ensemble de documents électroniques et documents papier[6] et d'un certain nombre de documents rendus publics par affaire (par exemple 1, 10 ou 50 documents). Ces estimations reflètent le temps dont le personnel de la CPA a besoin pour traiter, mettre en ligne et stocker électroniquement les informations et les documents, ainsi que l'espace de stockage supplémentaire nécessaire. Les scénarios ne tiennent pas compte du coût de la traduction de ces documents ni du coût du stockage des exemplaires papier pendant un certain temps. L'estimation du coût du stockage des documents papier nécessite des informations complémentaires, telles que le volume des documents concernés et la fréquence d'accès requise[7].

6. Notons qu'il n'y aura pas de dépenses de stockage électronique au cours de la première année ou des quelques premières années d'exploitation mais qu'avec le temps ces dépenses deviendront nécessaires pour deux raisons: d'abord parce que l'accumulation de documents nécessitera un élargissement de l'espace de stockage électronique à moyen ou à long terme; ensuite parce qu'à long terme, un stockage électronique nécessite une maintenance, ce qui suppose souvent de transférer les fichiers vers un nouvel espace de stockage pour réduire le risque de panne. L'infrastructure moderne de la CPA contribuerait à la réduction de ces coûts.

---

cpa.org/showpage.asp?pag_id=1381; *Chemtura Corporation* c. *Gouvernement du Canada*, affaire CPA n° 2008-1, à l'adresse http://pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1285; et *Romak S.A.* c. *La République d'Ouzbékistan*, affaire CPA n° 2007-6, à l'adresse http://pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1340; voir aussi *Le Gouvernement du Soudan* c. *le Mouvement/Armée populaire de libération du Soudan (l'Arbitrage Abyei)*, affaire CPA n° 2008-7, à l'adresse http://pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1307, où les parties sont convenues de rendre publics les mémoires, comptes rendus d'audience, décisions, sentences et autres informations concernant l'affaire, soit plus de 50 documents en tout.

[6] En d'autres termes, dans les scénarios décrits ci-après, les documents sont soumis au registre sous forme électronique ou sur papier. Si le règlement sur la transparence exigeait les deux formats ou si les deux parties en décidaient ainsi, le temps de traitement et les coûts associés augmenteraient en conséquence.

[7] Une certaine quantité de documents peut être stockée gratuitement dans les locaux de la CPA; si nécessaire, un espace supplémentaire peut être loué au coût annuel de 3,60 euros par boîte, une boîte contenant environ cinq classeurs. Le coût du stockage peut aussi varier en fonction du nombre de documents et de la fréquence et de la vitesse à laquelle les documents doivent être sortis des archives; par exemple, sortir en une fois 25 boîtes au maximum en 24 heures peut coûter 39 euros. Nous serons heureux de fournir des informations plus précises au secrétariat de la CNUDCI une fois que d'autres paramètres du fonctionnement du registre seront définis.

7. Enfin, des coûts supplémentaires pourraient être dus au temps de traitement accru de fichiers électroniques ou papier endommagés, incomplets ou au format inhabituel.

*a. Comme fournisseur unique*

8. Pour estimer conformément à la lettre du secrétariat de la CNUDCI les frais de gestion du registre dans chaque scénario, nous supposons que 50 affaires seraient déposées chaque année auprès de la CPA agissant comme seul fournisseur de registre en vertu du règlement sur la transparence.

**Scénario 1**: Le coût de mise en ligne des informations relatives aux affaires (telles que les noms et nationalités des parties) et d'un document par affaire pour 50 affaires serait environ de 1 000 euros par an. Il n'y aurait aucun coût de stockage électronique pendant au moins cinq ans.

**Scénario 2**: Le coût de mise en ligne des informations relatives aux affaires et de 10 documents par affaire pour 50 affaires serait environ de 5 000 euros par an. Il n'y aurait aucun coût de stockage électronique pendant au moins un an.

**Scénario 3**: Le coût de mise en ligne des informations relatives aux affaires et de 50 documents par affaire pour 50 affaires serait environ de 15 000 euros par an. Il y aurait un coût de stockage électronique de 1 000 à 2 000 euros pendant la première année.

**Scénario 4**: Divers niveaux de divulgation pouvant s'appliquer aux affaires confiées au dépositaire en vertu des règles sur la transparence, il semble utile d'envisager un scénario "composite". À supposer que 75 % des affaires relèvent du scénario 1, 20 % du scénario 2 et 5 % du scénario 3, le coût annuel pour 50 affaires s'élèverait à 2 500 euros. Il n'y aurait aucun coût de stockage électronique pendant au moins un an.

*b. Comme un fournisseur parmi d'autres*

9. Pour estimer conformément à la lettre du secrétariat de la CNUDCI les frais de gestion du registre dans chaque scénario, nous supposons que 10 affaires seraient déposées chaque année auprès de la CPA agissant comme un fournisseur de registre parmi d'autres en vertu du règlement sur la transparence.

**Scénario 1**: Le coût de mise en ligne des informations relatives aux affaires (telles que les noms et nationalités des parties) et d'un document par affaire pour 10 affaires serait environ de 200 euros par an. Il n'y aurait aucun coût de stockage électronique pendant au moins cinq ans.

**Scénario 2**: Le coût de mise en ligne des informations relatives aux affaires et de 10 documents par affaire pour 10 affaires serait environ de 1 000 euros par an. Il n'y aurait aucun coût de stockage électronique pendant au moins un an.

**Scénario 3**: Le coût de mise en ligne des informations relatives aux affaires et de 50 documents par affaire pour 10 affaires serait environ de 3 000 euros par an. Il y aurait un coût de stockage électronique de 1 000 à 2 000 euros pendant la première année.

**Scénario 4**: Divers niveaux de divulgation pouvant s'appliquer aux affaires confiées au dépositaire en vertu du règlement sur la transparence, il semble utile d'envisager un scénario "composite". À supposer que 75 % des affaires relèvent du scénario 1,

20 % du scénario 2 et 5 % du scénario 3, le coût annuel pour 10 affaires s'élèverait à 500 euros. Il n'y aurait aucun coût de stockage électronique pendant au moins un an.

*3) Comment votre organisme envisagerait-il de couvrir le coût du système (par exemple en demandant des frais aux parties au litige)?*

10. S'il s'agit de petites affaires à peu de documents, la CPA se réserverait le droit de ne pas demander de frais. Elle déciderait s'il y a lieu d'en demander en examinant l'ensemble des caractéristiques des documents à placer dans le registre, notamment mais pas uniquement leur nombre et leur format.

*4) Si votre organisme décidait de demander des frais aux parties, à combien en estimez-vous le montant?*

*a. Comme fournisseur unique*

11. La CPA déciderait également du montant de frais éventuels en examinant l'ensemble des caractéristiques des documents à placer dans le registre, notamment mais pas uniquement leur nombre et leur format.

*b. Comme un fournisseur parmi d'autres*

12. Voir ci-dessus la réponse à la question 4 a).

13. La CPA a également le plaisir de répondre aux questions du secrétariat de la CNUDCI sur les services de registre qu'elle fournit actuellement.

*– Comment la CPA facture-t-elle ses services de registre?*

14. La CPA applique un taux horaire pour ses services de registre. Les modalités de facturation sont négociées au cas par cas en consultation avec les parties et le tribunal. La CPA parvient généralement à conclure avec eux un accord sur l'application des taux horaires figurant dans son barème des tarifs. Ce barème, disponible sur le site de la CPA[8], est reproduit ci-après à toutes fins utiles:

*Services de greffe fournis par le Bureau international*

| | |
|---|---|
| Secrétaire général | 250 euros/heure |
| Secrétaire général adjoint | 250 euros/heure |
| Personnel juridique senior | 175 euros/heure |
| Personnel juridique junior | 125 euros/heure |
| Secrétaires et assistants juridiques | 50 euros/heure |

*– Comment la CPA assure-t-elle l'authenticité des documents?*

15. La CPA reçoit occasionnellement de tiers des demandes de copies certifiées ou légalisées de documents issus de ses procédures. La "certification" désigne la procédure par laquelle un membre du personnel de la CPA certifie qu'une copie d'un document de la CPA est véritable et conforme au document figurant dans ses dossiers. La "légalisation" désigne la procédure de confirmation de la signature d'un membre du personnel de la CPA par notarisation ou apostille. Tous les frais liés à

[8] Voir http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1108.

ces demandes, tels que les frais de messagerie ou de notarisation ou d'apostille, sont supportés par la partie demanderesse.

– *Sous quelle forme les parties sont-elles censées soumettre les documents?*

16. Le format de soumission des documents à la CPA fait l'objet d'un accord entre les parties ou d'instructions du tribunal dûment constitué. Les parties peuvent décider par exemple que toutes les pièces seront soumises sur papier et accompagnées de la version électronique. Récemment, les parties sont de plus en plus convenues de ne soumettre les pièces que sous forme électronique. Aux fins de l'hébergement d'un système de registre public en ligne, la soumission sous forme électronique serait plus efficace et plus économique.

17. Étant donné que le rôle du registre n'est pas encore entièrement défini, nos réponses se fondent en partie sur des estimations et des suppositions. Il convient de les traiter comme indicatives et n'engageant en aucun cas la CPA.

## A/CN.9/WG.II/WP.170/Add.1 (Original: anglais)

# Note du Secrétariat concernant le règlement des litiges commerciaux: transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités – observations d'institutions d'arbitrage sur la création d'un lieu de conservation des informations publiées ("registre"), soumise au Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) à sa cinquante-sixième session

ADDITIF

**TABLE DES MATIÈRES**

*Paragraphes*

III. Observations reçues des institutions d'arbitrage (*suite*) . . . . . 1-15

E. Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) . . . . . 1-15

F. Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI) . . . . .

---

# III. Observations reçues des institutions d'arbitrage (*suite*)

## E. Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI)

Date: 8 décembre 2011

1. Le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) fournit dans le présent document une description du coût potentiel de l'ouverture des audiences au public et de la création d'un registre dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités.

2. Le CIRDI a été institué par la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (la Convention du CIRDI ou la Convention). Il rassemble actuellement 147 États contractants. Les dispositions de la Convention sont complétées par les règlements adoptés par le Conseil administratif du CIRDI qui comprennent le Règlement administratif et financier, le Règlement de procédure relatif à l'introduction des instances, le Règlement de procédure relatif aux instances de conciliation et le Règlement de procédure relatif aux instances d'arbitrage (Règlement d'arbitrage).

3. Conformément à la Convention, le Centre fournit des services de conciliation et d'arbitrage des différends relatifs aux investissements entre des États contractants et des ressortissants d'autres États contractants. Son Conseil administratif a également adopté le Règlement du Mécanisme supplémentaire autorisant le

secrétariat du CIRDI à administrer certaines catégories de procédures entre États et ressortissants d'autres États qui sortent du champ d'application de la Convention, comme lorsqu'une des parties n'est pas un État contractant ou un ressortissant d'un État contractant (Canada ou Mexique par exemple) ou lorsque la procédure concerne des parties dont l'une au moins est un État contractant ou un ressortissant d'un État contractant et porte sur un différend qui ne découle pas directement d'un investissement, à condition que la transaction à l'origine du différend ne soit pas une opération commerciale ordinaire.

4. En outre, le CIRDI administre ponctuellement des procédures arbitrales régies par le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, notamment dans le contexte de l'ALENA et de divers traités d'investissement bilatéraux.

## 1. Registre

5. Conformément à l'article 22-1 du Règlement administratif et financier du CIRDI (le Règlement), "[*l*]*e Secrétaire général publie des informations appropriées sur les opérations du Centre, y compris l'enregistrement de toutes les requêtes de conciliation ou d'arbitrage, la date à laquelle chaque instance prend fin et la façon dont elle s'est terminée.*"

6. De même, l'article 23-1 dispose que "[*l*]*e Secrétaire général tient, conformément aux règles qu'il établit, des Rôles des instances distincts pour les requêtes de conciliation et les requêtes d'arbitrage. Dans ces Rôles figurent tous renseignements utiles concernant l'introduction, la conduite et l'issue de chaque instance, y compris en particulier la méthode de constitution de chaque Commission, Tribunal et Comité, et sa composition. Dans le Rôle des instances d'arbitrage figurent également, en ce qui concerne chaque sentence, tous les renseignements utiles relatifs aux demandes de décisions supplémentaires, rectification, interprétation, révision ou annulation de la sentence, et à toute suspension d'exécution.*"

7. Conformément aux règlements ci-dessus, le Centre a développé une pratique de publication sur son site Web d'informations pertinentes concernant les procédures d'arbitrage[1]. Le Centre publie également sur son site des décisions, des sentences et parfois des communications des parties[2].

8. Eu égard à cette expérience, le secrétariat de la CNUDCI a prié le Centre de fournir une estimation du coût de la création et de la maintenance d'un "système de registre" pour les arbitrages régis par le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, conformément aux débats sur la transparence du Groupe de travail II. L'objectif du registre serait de centraliser et de mettre à la disposition du public des informations sur les arbitrages régis par le Règlement de la CNUDCI en matière d'investissements. Plus précisément, le registre fournirait des informations générales sur chaque affaire (par exemple, le nom des parties, le secteur d'activité, le traité d'investissement invoqué dans le litige) et hébergerait les documents fournis aux tribunaux arbitraux ou émis par eux au cours de la procédure. En outre, chaque affaire aurait un URL unique, qui serait publié sur le site Web de la CNUDCI. S'il était l'"*unique*" fournisseur de registre, le CIRDI devrait publier et

---

[1] Voir Commentaires du CIRDI (A/CN.9/WG.II/WP.167), 8 août 2011, par. 7.

[2] Ibid., par. 8 à 14.

mettre à jour des informations sur environ 50 affaires par an. S'il était un fournisseur parmi d'autres – option également en cours d'examen – le nombre d'affaires pourrait être inférieur à 10[3].

9. En principe, et à condition d'obtenir les approbations nécessaires, le CIRDI serait disposé à tenir le rôle de fournisseur de registre.

10. Le CIRDI répond maintenant aux questions posées par le secrétariat de la CNUDCI:

*1) À combien estimez-vous le coût initial de la mise en place par votre organisme d'un système de registre public en ligne (adaptation de systèmes électroniques existants ou développement d'un nouveau système)?*

Le CIRDI développerait un site Web destiné au public qui hébergerait le registre en utilisant le système de gestion de contenu du site Web de la Banque mondiale. Grâce à cette plate-forme institutionnelle et à l'hébergement du site sur les serveurs du CIRDI, les coûts de développement et de fonctionnement pourraient être relativement bas. Le coût initial pourrait être réduit à quelques journées de travail d'un consultant qui aiderait à concevoir le site. Sur la base de la brève description des exigences fournies au Centre, le montant pourrait se situer entre 15 000 et 20 000 dollars des États-Unis.

*2) À combien estimez-vous les frais annuels de gestion du registre que votre organisme devrait supporter?*

Le coût annuel de la maintenance technique du site Web du registre serait d'environ 5 000 dollars des États-Unis. Cette estimation ne comprend pas le temps de travail nécessaire à l'administration du registre qui représenterait, selon le Centre, une partie du temps de travail d'un auxiliaire administratif et d'un juriste de son secrétariat, en fonction des exigences spécifiques du projet et du nombre d'affaires par an. En outre, de telles dépenses de personnel pourraient être couvertes par la somme forfaitaire que le Centre demanderait pour les services de registre (voir ci-dessous).

*3) Comment votre organisme envisagerait-il de couvrir le coût du système?*

Conformément aux règlements du CIRDI, les dépenses directement afférentes à la procédure CIRDI sont couvertes par les parties par prélèvement sur des fonds avancés au Centre de manière périodique. Le Centre facture également pour chaque affaire une somme forfaitaire pour couvrir les frais afférents à l'administration de la procédure. Cette somme couvre, entre autres, les services de registre, y compris la maintenance des répertoires en ligne contenant des informations sur les affaires. Pour les arbitrages régis par le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI et administrés par le Centre, y compris les affaires relevant de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), le Centre ne fournit normalement pas de service de registre en ligne puisque les documents sur ces affaires sont généralement mis en ligne par les États parties aux litiges[4].

---

[3] Lettre LA/TL 133 (3-7) CM/CE/ota du 18 octobre 2011.

[4] Voir la pratique du Canada et des États-Unis, voir CNUDCI, Règlement des litiges commerciaux: transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités – commentaires des Gouvernements du Canada et des États-Unis d'Amérique sur la

S'agissant du système de registre de la CNUDCI, le CIRDI propose de demander pour chaque affaire une somme forfaitaire à payer chaque année jusqu'à la clôture du dossier.

*4) Si votre organisme décidait de demander des frais aux parties, à combien en estimez-vous le montant?*

Sous réserve d'un cahier des charges et d'un volume effectif plus précis des documents, le CIRDI estime qu'un montant de 1 800 à 2 000 dollars des États-Unis, à payer chaque année au Centre, couvrirait les frais d'administration du registre.

11. Les documents publiés sur le site Web du CIRDI sont généralement soumis en format PDF et émanent normalement des tribunaux. Lorsque le Centre reçoit une demande de publication des documents soumis par les parties, chacune de ces dernières lui fournit les documents en format PDF[5].

### 2. Audiences ouvertes au public

12. L'article 32-2 du Règlement d'arbitrage du CIRDI se lit comme suit:

"*Sauf si l'une des parties s'y oppose, le Tribunal, après consultation du Secrétaire général, peut permettre à des personnes, autres que les parties, leurs agents, conseillers et avocats, les témoins et experts au cours de leur déposition, et les fonctionnaires du Tribunal, d'assister aux audiences ou de les observer, en partie ou en leur totalité, sous réserve d'arrangements logistiques appropriés. Le Tribunal définit, dans de tels cas, des procédures pour la protection des informations confidentielles ou protégées.*"

Une disposition similaire a été introduite à l'article 39-2 du Règlement d'arbitrage (Mécanisme supplémentaire) du CIRDI.

13. L'ouverture des audiences au public n'est possible que si des arrangements logistiques appropriés sont pris. Dans la pratique, certaines audiences, généralement dans le cadre d'affaires relevant de l'ALENA ou du CAFTA ont été soit retransmises dans une salle distincte par télévision en circuit fermé[6] soit diffusées en temps réel sur le Web via Internet[7].

14. Il y a donc deux façons d'ouvrir une audience au public en utilisant des services de retransmission: la retransmission par télévision en circuit fermé (dans une salle adjacente ouverte au public, où l'audience est retransmise en temps réel), et la retransmission sur le Web (diffusion en temps réel via Internet).

---

transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités en vertu du chapitre 11 de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), cinquante-quatrième session, New York, (7-11 février 2011), A/CN.9/WG.II/WP.163 (7 décembre 2010).

[5] Voir Commentaires du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), A/CN.9/WG.II/WP.167, par. 9.

[6] Voir par exemple l'affaire *Methanex* c. *États-Unis*.

[7] Voir, par exemple, la retransmission en ligne sur le site Web du CIRDI de l'audience dans l'affaire *Pac Rim Cayman LLC* c. *République d'El Salvador*, affaire CIRDI n° ARB/09/12 – audience publique – annonce datant du 18 mai 2011. Voir plus récemment, l'annonce du 18 novembre 2011 d'une audience publique retransmise en temps réel via Internet (https://icsid.worldbank.org/fr/) dans l'affaire *Railroad Development Corporation* c. *République du Guatemala* (affaire CIRDI n° ARB/07/23).

15. Comme demandé par les délégations et le secrétariat de la CNUDCI, et afin de partager son expérience, le Centre a établi des estimations des prix de revient d'une audience ouverte au public. Il s'agit d'estimations a minima qui se fondent sur des exigences standard comme décrites ci-dessous. Elles renvoient à des dépenses engagées à Washington, pour des audiences de huit heures par jour tenues dans les locaux de la Banque mondiale pendant les heures de travail. En outre, le Centre part de l'hypothèse que l'audience se tiendrait en une seule langue de procédure sans services d'interprétation et sans système de visioconférence particulier. Les estimations relatives à la retransmission sur le Web incluent également les coûts d'enregistrement en vue de la mise en ligne sur un site Web.

| **Diffusion en temps réel (sur le Web)** | **Retransmission en circuit fermé** |
|---|---|
| Estimation pour un jour ouvré<br><br>Dispositif standard:<br>2 000 dollars É.-U. (somme forfaitaire)<br>Enregistrement vidéo, services d'un technicien compris: 900 dollars É.-U.<br>Enregistrement audio: 250 dollars É.-U.<br>Diffusion (jour ouvré): 1 200 dollars É.-U.<br>Enregistrement: 400 dollars É.-U.<br><br>Total: 4 750 dollars É.-U. | Estimation pour un jour ouvré<br><br>Dispositif standard:<br>2 000 dollars É.-U. (somme forfaitaire)<br>Enregistrement vidéo, services d'un technicien compris: 900 dollars É.-U.<br>Technicien (salle auxiliaire): 500 dollars É.-U.<br>Enregistrement audio: 250 dollars É.-U.<br>Services de visioconférence: 500 dollars É.-U.<br>Services de sécurité: 300 dollars É.-U.<br><br>Total: 4 550 dollars É.-U. |
| Estimation pour 5 jours ouvrés<br><br>Dispositif standard: 2 000 dollars É.-U.<br>Enregistrement vidéo: 900 x 5 jours:<br>4 500 dollars É.-U.<br>Enregistrement audio: 250 x 5 jours:<br>1 250 dollars É.-U.<br>Diffusion (jour ouvré): 1 200 x 5 jours:<br>6 000 dollars É.-U.<br>Enregistrement: 400 x 5 jours:<br>2 000 dollars É.-U.<br><br>Total: 15 750 dollars É.-U. | Estimation pour 5 jours ouvrés<br><br>Dispositif standard: 2 000 dollars É.-U.<br>Enregistrement vidéo: 900 x 5 jours:<br>4 500 dollars É.-U.<br>Deuxième technicien: 500 x 5 jours:<br>2 500 dollars É.-U.<br>Enregistrement audio: 250 x 5 jours:<br>1 250 dollars É.-U.<br>Services de visioconférence: 500 x 5 jours:<br>2 500 dollars É.-U.<br>Services de sécurité: 300 x 5 jours:<br>1 500 dollars É.-U.<br><br>Total: 14 250 dollars É.-U. |

## F. Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI)

Réponse du Président
Date: 9 décembre 2011

À titre liminaire, je confirme qu'en principe la CCI est disposée à servir de lieu de conservation des informations destinées à être publiées conformément au règlement sur la transparence en préparation à la CNUDCI.

Plusieurs facteurs ont empêché que du temps soit consacré à la rédaction de réponses au questionnaire – principalement l'entrée en vigueur le 1er janvier 2012 du nouveau Règlement d'arbitrage de la CCI.

S'agissant du questionnaire, la CCI souhaite examiner en particulier:

- Les frais afférents à l'acquisition du logiciel nécessaire;
- Les coûts de développement;
- La maintenance;
- La saisie de données et la gestion du site.

Je veillerai à ce que le questionnaire soit étudié attentivement dès que nous pourrons atteler à cette tâche les ressources humaines appropriées au sein du secrétariat et du service informatique de la CCI.

# G. Note du Secrétariat concernant le règlement des litiges commerciaux: 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 révisé en 2010 (A/CN.9/746 et Add.1)

**[Original: anglais]**

## TABLE DES MATIÈRES


*Paragraphes*

I. Introduction . . . 1-3

II. Projet de 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, révisé en 2010 . . . 1-26

Introduction . . . 1-6

I. Adoption du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI en tant que règlement institutionnel d'institutions d'arbitrage ou d'autres organismes intéressés . . . 7-17

1. Recommandation visant à laisser le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI inchangé quant au fond . . . 7-8

2. Présentation des modifications . . . 9-17

a. Explication . . . 9-10

b. Date d'entrée en vigueur . . . 11

c. Voie de communication . . . 12-14

d. Remplacement de la référence à l'"autorité de nomination" par le nom de l'institution . . . 15-16

e. Honoraires et barèmes des frais . . . 17

II. Institutions d'arbitrage et autres organismes intéressés administrant des arbitrages en vertu du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI ou fournissant certains services administratifs . . . 18-26

1. Procédures administratives conformes au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI . . . 20-22

2. Offre de services administratifs . . . 23

3. Barème des frais d'administration . . . 24-25

4. Projet de clauses types . . . 26

# I. Introduction

1. À sa quarante-troisième session (New York, 21 juin-9 juillet 2010), 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 en 2010 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (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"[1]. 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 offrait des services administratifs dans le cadre d'arbitrages ad hoc relevant du Règlement. 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[2].

2. À sa quarante-quatrième session (Vienne, 25 juin-8 juillet 2011), la Commission a été informée que les recommandations étaient en cours d'élaboration et que le Secrétariat avait été prié d'établir un projet de recommandations pour que la Commission l'examine à une session future, de préférence dès 2012[3].

3. À la section II de la présente note figure le texte du projet de 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 révisé en 2010. Le texte a été établi par le Secrétariat après consultation des institutions d'arbitrage; un questionnaire sur l'utilisation du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, élaboré en coopération avec l'International Federation of Commercial Arbitration Institutions, avait notamment été envoyé à diverses institutions d'arbitrage dans le monde[4].

---

1 *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-septième session, Supplément n° 17* (A/37/17), par. 74 à 85 et annexe I.

2 Ibid., *soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), par 188 et 189.

3 Ibid., *soixante-sixième session, Supplément n° 17* (A/66/17), par. 204.

4 Les institutions suivantes ont participé au processus de consultation: American Arbitration Association (AAA), Association suisse de l'arbitrage (ASA), Australian Centre for International Commercial Arbitration (ACICA), Centre belge d'arbitrage et de médiation (CEPANI), Centre d'arbitrage commercial du Conseil de coopération du Golfe (CCG), Centre de conciliation et d'arbitrage de Tunis, Centre international d'arbitrage de Vienne, Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), Centre régional du Caire pour

# II. Projet de 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, révisé en 2010

## Introduction

### Règlement d'arbitrage de la CNUDCI révisé en 2010

1. Le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI initialement adopté en 1976[5] a été utilisé pour résoudre un large éventail de litiges, par exemple les litiges entre parties privées commerciales ne faisant pas intervenir d'institution d'arbitrage, les litiges commerciaux soumis à des institutions d'arbitrage, les litiges entre investisseurs et États et les litiges entre États. Il est considéré comme l'un des instruments internationaux de nature contractuelle les plus réussis dans le domaine de l'arbitrage. Il a également grandement contribué au développement des activités d'arbitrage de nombreuses institutions d'arbitrage partout dans le monde.

2. Le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI a été révisé en 2010[6] pour suivre les pratiques les plus récentes du droit commercial international et tenir compte des changements survenus au cours des 30 dernières années dans la pratique de l'arbitrage. La révision du Règlement visait à améliorer l'efficacité des arbitrages qu'il régit et n'a pas modifié la structure initiale du texte, ni son esprit ou son style. La version révisée du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI est entrée en vigueur le 15 août 2010.

---

l'arbitrage commercial international (CRCICA), Centro de Arbitraje y Conciliacíon Cámara de Comercio de Bogotá, Centro de Arbitraje y Mediación – Cámara de Comercio de Santiago (CAM Santiago), Centro de Mediation y Arbitraje (CANACO), Chambre d'arbitrage de la Chambre de commerce de Milan, Chambre d'arbitrage de Venise, Commission chinoise d'arbitrage de l'économie et du commerce international (CIETAC), Commission d'arbitrage de la Chambre centrale de commerce de la Finlande, Cour d'arbitrage commercial international de la Chambre de commerce et d'industrie de la Fédération de Russie, Cour d'arbitrage commercial international de la Chambre de commerce et d'industrie de la Roumanie, Cour d'arbitrage commercial international de la Chambre ukrainienne de commerce et d'industrie, Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce et d'agriculture de la République tchèque, Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce polonaise, Cour d'arbitrage de la Chambre hongroise de commerce et d'industrie, Cour d'arbitrage de Madrid, Cour d'arbitrage du commerce extérieur de la Chambre de commerce et d'industrie de la Serbie, Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI), Cour permanente d'arbitrage de la Chambre d'économie croate, Cour permanente d'arbitrage de la Chambre de commerce et d'industrie de Maurice, Cour permanente d'arbitrage (CPA) de La Haye, Danish Institute of Arbitration (DIA), Dubai International Arbitration Centre (DIAC), Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC), Indian Council of Arbitration, Institut allemand d'arbitrage, Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, Japan Commercial Arbitration Association (JCAA), Korean Commercial Arbitration Board (KCAB), Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration (KLRCA), London Court of International Arbitration (LCIA), Singapore International Arbitration Centre (SIAC), Waren-Verein der Hamburger Börse e.V.

[5] *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente et unième session, Supplément n° 17* (A/31/17), par. 57; *Annuaire de la CNUDCI*, vol. VII, 1976, première partie, chap. II, sect. A.

[6] Ibid., *soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), par. 13 à 187 et annexe I.

**Résolution 65/22 de l'Assemblée générale**

3. En 2010, l'Assemblée générale des Nations Unies, par sa résolution 65/22, a recommandé l'utilisation du Règlement d'arbitrage pour le règlement des litiges nés dans le cadre des relations commerciales internationales. Cette recommandation se fondait sur la conviction "*qu'une révision du Règlement d'arbitrage qui [était] acceptable pour des pays dotés de systèmes juridiques, sociaux et économiques différents [pouvait] contribuer de façon appréciable au développement de relations économiques internationales harmonieuses et au renforcement continu de l'état de droit*".

4. Dans sa résolution, l'Assemblée a également noté qu'"*on [pouvait] s'attendre à ce [que la version révisée du Règlement] 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*".

**Objet des recommandations**

5. Les présentes recommandations sont formulées en vue de l'utilisation du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 2010 (pour les recommandations concernant l'utilisation du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976, voir 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"[7], adoptées à la quinzième session de la CNUDCI en 1982). Elles visent à informer et aider les institutions d'arbitrage et autres organismes intéressés qui envisagent d'utiliser le Règlement comme indiqué au paragraphe 6 ci-dessous.

**Les différents usages du Règlement faits par les institutions d'arbitrage et autres organismes intéressés**

6. Le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI a été utilisé de différentes manières par les institutions d'arbitrage et autres organismes intéressés, tels que les chambres de commerce et les associations professionnelles (ci-après le(s) "institution(s)"). Ces usages ont notamment été les suivants:

i) Le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI a servi de modèle à des institutions pour élaborer leur propre règlement en la matière, et ce à différents degrés, allant d'une source d'inspiration à l'adoption de toutes ses dispositions (voir ci-après, sect. I);

ii) Des institutions ont proposé de régler des litiges en vertu du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, ou d'offrir des services administratifs dans le cadre d'arbitrages ad hoc relevant du Règlement (voir ci-après, sect. II);

iii) Une institution (ou une personne) peut être priée de faire fonction d'autorité de nomination conformément aux dispositions du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (voir ci-après, sect. III).

---

[7] Ibid., *trente-septième session, Supplément n° 17* (A/37/17), annexe I. Le texte des Recommandations est également consultable sur Internet à l'adresse: www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/arbitration/1982Recommendations_arbitration.html.

# I. Adoption du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI en tant que règlement institutionnel d'institutions d'arbitrage ou d'autres organismes intéressés

## 1. Recommandation visant à laisser le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI inchangé quant au fond

7. Lorsqu'elles élaboreront ou réviseront leurs règles institutionnelles, les institutions voudront peut-être envisager de prendre le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI comme modèle[8]. Dans ce cas, elles devront tenir compte des attentes des parties qui souhaiteront que les règles institutionnelles suivent scrupuleusement le texte du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

8. Cette recommandation préconisant de suivre de près le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI quant au fond ne signifie pas qu'il faut pour autant négliger la structure particulière et les besoins de telle ou telle institution. Les institutions qui adoptent le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI en tant que règlement institutionnel devront certainement prévoir des dispositions supplémentaires notamment pour les services administratifs ou les barèmes des honoraires. En outre, elles devraient tenir compte des modifications de forme devant être apportées à un très petit nombre de dispositions du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, comme indiqué aux paragraphes 9 à 17 ci-dessous.

## 2. Présentation des modifications

### *a. Explication*

9. Les institutions qui utilisent le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI comme modèle pour élaborer leurs propres règles institutionnelles pourraient utilement envisager d'indiquer quelle disposition du Règlement a été modifiée. Une telle indication serait d'un grand secours pour le lecteur et l'utilisateur potentiel, qui devraient, sinon, se lancer dans une analyse comparée afin de découvrir les divergences.

10. Les institutions voudront peut-être inclure un texte, par exemple un avant-propos, qui indique les modifications particulières apportées par rapport au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI[9]. Les modifications peuvent également être indiquées à la fin du texte des règles institutionnelles[10]. En outre, il pourrait être

---

8 Voir par exemple le Règlement d'arbitrage du Centre régional du Caire pour l'arbitrage commercial international (CRCICA), consultable sur Internet à l'adresse www.crcica.org, ou celui du Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration (KLRCA), consultable à l'adresse www.klrca.org.my.

9 Par exemple, dans l'introduction du Règlement d'arbitrage du Centre régional du Caire pour l'arbitrage commercial international, qui est entré en vigueur le 1er mars 2011, il est précisé qu'il se fonde sur la version révisée en 2010 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, avec des modifications mineures découlant principalement du rôle que joue le Centre en tant qu'institution d'arbitrage et autorité de nomination (consultable sur Internet à l'adresse www.crcica.org); le Règlement d'arbitrage (version révisée en 2010) du Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration (KLRCA) prévoit que les règles d'arbitrage de l'institution sont le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI avec les modifications énoncées dans lesdites règles (consultable à l'adresse www.klrca.org.my).

10 Voir par exemple le Règlement facultatif d'arbitrage entre les organisations internationales et les

utile d'accompagner lesdites règles d'une brève explication des raisons pour lesquelles ces modifications ont été apportées[11].

### *b. Date d'entrée en vigueur*

11. Le paragraphe 2 de l'article premier du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 2010 définit la date d'entrée en vigueur dudit règlement. Il va de soi que les règles institutionnelles fondées sur ce règlement auront leur propre date d'entrée en vigueur. Dans l'intérêt de la sécurité juridique, il est recommandé de mentionner dans le règlement d'arbitrage sa date d'entrée en vigueur, afin que les parties soient informées de la version applicable.

### *c. Voie de communication*

12. Normalement, lorsqu'une institution traite une affaire, les parties communiquent par l'intermédiaire de l'institution tant que le tribunal arbitral n'a pas été constitué. Il est donc recommandé d'adapter les articles 3 et 4 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 2010 qui portent sur la communication avant la constitution du tribunal arbitral. Par exemple, s'agissant du paragraphe 1 de l'article 3:

i) Si la communication a lieu par l'intermédiaire de l'institution, le paragraphe 1 de l'article 3 pourrait être modifié comme suit:

*Article 3 (Notification d'arbitrage)*

"*1. La partie ou les parties prenant l'initiative de recourir à l'arbitrage (ci-après dénommées 'le demandeur') communiquent à [nom de l'institution] une notification d'arbitrage. [Nom de l'institution] communique la notification d'arbitrage à l'autre partie ou aux autres parties (ci-après dénommées 'le défendeur') [sans retard injustifié] [sans délai].*"

Ou

"*1. La partie ou les parties prenant l'initiative de recourir à l'arbitrage (ci-après dénommées 'le demandeur') déposent auprès de [nom de l'institution] une notification d'arbitrage et [nom de l'institution] la communique à l'autre partie ou aux autres parties (ci-après dénommées 'le défendeur').*"[12]

ii) Si l'institution reçoit copie des communications, le paragraphe 1 de l'article 3 resterait inchangé et la disposition suivante pourrait être ajoutée:

---

parties privées de la CPA à La Haye (qui se fonde sur la version de 1976 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI), consultable sur Internet à l'adresse www.pca-cpa.org/upload/files/IGO1FRA.pdf.

[11] Par exemple, les notes relatives au texte du Règlement facultatif de la Cour permanente d'arbitrage pour l'arbitrage des différends entre deux parties dont l'une seulement est un État précisent: "Le présent Règlement se fonde sur le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI [de 1976] avec les modifications suivantes: Modifications visant à indiquer les fonctions que peuvent remplir le Secrétaire général et le Bureau international de la Cour permanente d'arbitrage: Article 1, paragraphe 1 (ajouté)...", consultable sur Internet à l'adresse www.pca-cpa.org/upload/files/1STATFRA.pdf.

[12] Cette solution a notamment été adoptée dans le Règlement d'arbitrage du Centre régional du Caire pour l'arbitrage commercial international (CRCICA).

"*Tous les documents communiqués conformément aux dispositions des articles 3 et 4 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI sont adressés à [nom de l'institution] en même temps qu'à l'autre partie ou aux autres parties, ou immédiatement après.*"[13]

13. S'agissant de la question des communications après la constitution du tribunal arbitral, l'institution peut:

– Soit modifier chacun des articles du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI concernant les communications, à savoir en l'occurrence: article 5; article 11; article 13, paragraphe 2; article 17, paragraphe 4; article 20, paragraphe 1; article 21, paragraphe 1; article 29, paragraphes 1, 3 et 4; article 34, paragraphe 6; article 36, paragraphe 3; article 37, paragraphe 1; article 38, paragraphes 1 et 2; article 39, paragraphe 1; article 41, paragraphes 3 et 4;

– Soit insérer dans l'article 17 une disposition qui pourrait être libellée comme suit:

(si l'institution décide de recevoir toutes les communications aux fins de notification) "*Sauf autorisation contraire du tribunal arbitral, toutes les communications adressées à celui-ci par une partie sont déposées auprès de [nom de l'institution] pour notification au tribunal arbitral et à l'autre partie ou aux autres parties. Toutes les communications adressées par le tribunal arbitral à une partie sont déposées auprès de [nom de l'institution] pour notification à l'autre ou aux autres parties.*"[14]; ou

(si l'institution décide de recevoir des exemplaires de toutes les communications aux fins d'information) "*Sauf autorisation contraire du tribunal arbitral, toutes les communications entre celui-ci et toute partie est également adressée à [nom de l'institution]*."

14. Pour assurer l'efficacité de la procédure, il pourrait être utile que l'institution se demande si elle doit exiger que lui soit adressés des exemplaires des communications uniquement après la constitution du tribunal arbitral. Si elle adopte cette option, il serait souhaitable de mentionner la réception des exemplaires d'une manière neutre du point de vue technologique, afin de ne pas exclure des technologies nouvelles ou en cours d'évolution. La réception des exemplaires des communications au moyen des nouvelles technologies pourrait également se traduire par une réduction opportune des coûts pour l'institution.

### *d. Remplacement de la référence à l'"autorité de nomination" par le nom de l'institution*

15. Lorsqu'une institution utilise le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI comme modèle de règlement interne, elle exerce alors généralement les fonctions attribuées à l'autorité de nomination en vertu du Règlement et elle devrait de ce fait modifier les dispositions correspondantes de ce dernier comme suit:

---

[13] Par exemple, une approche analogue a été adoptée à l'article 2-1 du Règlement d'arbitrage du Kuala Lumpur Regional Centre of Arbitration (KLRCA).

[14] Par exemple, une disposition analogue est énoncée à l'article 17-5 du Règlement d'arbitrage du Centre régional du Caire pour l'arbitrage commercial international (CRCICA).

– Article 3, paragraphe 4 a); article 4, paragraphe 2 b); article 6, paragraphes 1 à 4; et il conviendrait de supprimer au paragraphe 5 de l'article 6 la référence à l'autorité de nomination;

– Le terme "autorité de nomination" pourrait être remplacé par le nom de l'institution dans les dispositions suivantes: article 6, paragraphes 5 à 7; article 7, paragraphe 2; article 8, paragraphes 1 et 2; article 9, paragraphes 2 et 3; article 10, paragraphe 3; article 13, paragraphe 4; article 14, paragraphe 2; article 16; article 43, paragraphe 3; et si l'institution arbitrale adopte le mécanisme d'examen dans une mesure compatible avec son propre règlement, également l'article 41, paragraphes 2 à 4. Ou encore, il serait possible d'ajouter une règle précisant que la référence à l'autorité de nomination doit être comprise comme une référence à l'institution, règle qui pourrait être libellée comme suit: "*En vertu du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, les fonctions d'autorité de nomination sont exercées par [nom de l'institution]*".

16. Si les fonctions d'autorité de nomination sont exercées par un organe de l'institution, il est souhaitable de préciser la composition de cet organe et, le cas échéant, le processus de nomination de ses membres, par exemple, dans une annexe. Pour plus de certitude, il peut être également souhaitable que l'institution précise que la référence à l'organe renvoie à la fonction et non à la personne proprement dite (à savoir, dans le cas où la personne n'est pas disponible, la fonction peut être exercée par son adjoint ou son adjointe).

#### *e. Honoraires et barèmes des frais*

17. Lorsqu'une institution fait du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI son propre règlement:

– Les dispositions de l'article 40 f) ne s'appliquent pas;

– L'institution peut prévoir un mécanisme d'examen des honoraires comme indiqué à l'article 41 du Règlement (adapté en fonction des besoins de l'institution)[15].

## II. Institutions d'arbitrage et autres organismes intéressés administrant des arbitrages en vertu du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI ou fournissant certains services administratifs

18. Le succès du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, dont témoignent son vaste champ d'application et son aptitude à répondre aux besoins des parties dans un ensemble très divers de cultures juridiques et de types de litige, se mesure au grand nombre d'institutions qui se sont déclarées disposées à organiser (et qui organisent en fait) des arbitrages conformément au Règlement, en sus de celui qui leur est propre. Certaines institutions d'arbitrage ont adopté des règles de procédure afin

---

[15] Par exemple, une telle approche a été adoptée par le Centre d'arbitrage et de médiation de Chypre (CAMC) dont le Règlement d'arbitrage s'inspire du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (version de 2010).

d'être à même d'organiser des arbitrages en vertu du Règlement de la CNUDCI[16]. En outre, des parties se sont également adressées à des institutions pour obtenir certains services administratifs au lieu de s'en remettre à une procédure d'arbitrage entièrement administrée par l'institution d'arbitrage[17].

19. Les observations et suggestions ci-après visent à aider les institutions intéressées à adopter les mesures structurelles nécessaires et les procédures administratives appropriées conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI lorsqu'elles administrent de bout en bout une affaire en vertu dudit règlement ou lorsqu'elles fournissent simplement certains services administratifs à l'appui d'un arbitrage dans le cadre de ce même règlement. On pourra noter que si des institutions proposent des services en vertu du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 2010, elles continuent aussi d'en proposer en vertu du Règlement de 1976[18].

---

16 Par exemple, la CPA de La Haye fait observer sur son site Internet que, outre son rôle consistant à désigner les autorités de nomination, le Secrétaire général de la CPA agit en qualité d'autorité de nomination en vertu du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI lorsque les parties en sont convenues. La CPA apporte aussi fréquemment un soutien administratif plein et entier dans le cadre des arbitrages organisés conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. La London Court of International Arbitration (LCIA) indique sur son site Internet qu'elle agit régulièrement à la fois en qualité d'autorité de nomination et en qualité d'administrateur dans les arbitrages organisés conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. D'autres informations concernant notamment les clauses recommandées pour adoption par les parties à ces fins, la gamme des services administratifs proposés et le coût demandé pour ces services par la LCIA peuvent être obtenues sur demande auprès du Secrétariat à l'adresse www.lcia.org. Voir également "UNCITRAL Arbitration Rules Administered by the DIS" (Règlement d'arbitrage de la CNUDCI administré par le DIS), Institut allemand d'arbitrage (Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit/DIS), consultable sur Internet à l'adresse www.dis-arb.de; "Administrative and Procedural Rules for Arbitration under the UNCITRAL Arbitration Rules" (Règles administratives et de procédure aux fins d'arbitrage conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI) de la Japan Commercial Arbitration Association (JCAA), consultable sur Internet à l'adresse www.jcaa.or.jp; et "Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC) Procedures for the Administration of International Arbitration" (Procédures du Centre d'arbitrage international de Hong Kong pour l'administration des arbitrages internationaux), consultable sur Internet à l'adresse www.hkiac.org; (les "Administrative and Procedural Rules for Arbitration under the UNCITRAL Arbitration Rules" de la JCAA et les "HKIAC Procedures for the Administration of International Arbitration" sont, à la date des présentes recommandations, fondées sur le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976).

17 Par exemple, le Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC) a adopté les "HKIAC Procedures for the Administration of International Arbitration" avec effet au 31 mai 2005. Dans l'introduction, il est précisé ce qui suit: "Aucune disposition des présentes Procédures n'empêche les parties à un litige soumis au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de désigner le HKIAC en qualité d'autorité de nomination, ni de demander certains services administratifs au HKIAC sans pour autant soumettre l'arbitrage aux dispositions énoncées dans les Procédures. Ni la désignation du HKIAC en qualité d'autorité de nomination en vertu du Règlement, ni une demande adressée au HKIAC par les parties ou le tribunal en vue d'obtenir une aide administrative spécifique et individualisée ne doivent être interprétées comme désignant le HKIAC en qualité d'administrateur de l'arbitrage, comme précisé dans les présentes Procédures. Inversement, sauf indication contraire, toute demande tendant à confier au HKIAC des fonctions d'administration sera interprétée comme désignant celui-ci en qualité d'autorité de nomination et d'administrateur conformément aux présentes Procédures"; consultable sur Internet à l'adresse www.hkiac.org.

18 À titre d'exemple, voir les services offerts au titre des deux versions du Règlement d'arbitrage

### 1. Procédures administratives conformes au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI

20. En élaborant leurs procédures ou règles administratives, les institutions devraient tenir dûment compte de l'intérêt des parties. Lorsque les parties à un litige sont convenues que l'arbitrage se déroulera conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, leur attente ne doit pas être déçue par l'existence d'une règle administrative qui serait incompatible avec ce règlement. Les modifications qu'il conviendrait d'apporter audit règlement pour qu'il soit administré par une institution sont minimes et analogues à celles mentionnées ci-dessus aux paragraphes 9 à 17. Il est souhaitable que l'institution précise la nature des services administratifs qu'elle peut offrir:

– Soit en les énumérant;

– Soit en proposant aux parties un exemplaire du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI en mettant en lumière les modifications apportées à ce dernier aux seules fins de l'administration de la procédure arbitrale; dans ce dernier cas, il est recommandé d'indiquer que le Règlement de la CNUDCI est "*administré par [nom de l'institution]*" afin que l'utilisateur sache qu'il y a des différences par rapport à l'original[19].

21. Il est en outre recommandé:

– Que les procédures administratives de l'institution établissent une nette distinction entre les fonctions d'autorité de nomination, telles qu'envisagées par le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (voir sect. III ci-dessous), et d'autre types d'assistance administrative intégrale ou partielle, et que l'institution déclare si elle peut offrir ces deux types de services ou un seul;

– Qu'une institution disposée à administrer intégralement un litige en vertu du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI ou à fournir certains services administratifs d'ordre technique ou touchant les activités de secrétariat, décrive dans ses procédures administratives les services qu'elle est à même d'offrir; ces services peuvent être fournis à la demande des parties ou du tribunal arbitral.

22. Dans la description des services administratifs, il est recommandé que l'institution précise:

– Lesquels d'entre eux seront compris dans les honoraires administratifs généraux et lesquels ne le seront pas et seront donc débités séparément[20];

---

de la CNUDCI par l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, consultable sur Internet à l'adresse www.sccinsitute.com.

19 Voir, à titre d'exemple de cette approche, le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI administré par l'Institut allemand d'arbitrage, consultable sur Internet à l'adresse www.dis-arb.de.

20 Par exemple, le Règlement d'arbitrage de la Bahrain Chamber for Dispute Resolution (Chambre bahreïnienne de règlement des différends) dispose ce qui suit: "Les honoraires mentionnés ci-dessous ne couvrent pas le coût des salles d'audience qui sont disponibles en location. Vérifiez auprès de la Chambre les dates de disponibilité et les tarifs." Il convient de noter que le Règlement d'arbitrage de la Chambre de règlement des différends a été établi en 2009 et s'inspire du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976.

– Quels services elle peut fournir dans ses propres installations et quels services elle peut faire fournir par un tiers;

– Les parties peuvent également choisir de demander à l'institution de ne lui fournir qu'un ou plusieurs services particuliers, sans solliciter de cette dernière qu'elle administre intégralement la procédure arbitrale (voir ci-dessus par. 18 et ci-dessous par. 23 à 25).

### 2. Offre de services administratifs

23. La liste suivante des services administratifs possibles, qui n'est pas exhaustive, aidera peut-être les institutions à déterminer et à indiquer quels services elles peuvent fournir:

a) Tenir à jour un dossier des communications écrites[21];

b) Faciliter la communication[22];

c) Mettre en place les modalités pratiques nécessaires pour les réunions et les audiences, notamment:

i) Aider le tribunal arbitral à déterminer la date, l'heure et le lieu des audiences;

ii) Prévoir des salles de réunion pour les audiences ou les délibérations du tribunal arbitral;

iii) Prévoir des services de conférence téléphonique et vidéo;

iv) Prévoir l'établissement de comptes rendus sténographiques d'audience;

v) Prévoir la diffusion en temps réel des audiences;

vi) Apporter une aide pour les travaux d'appui ou de secrétariat;

vii) Assurer ou organiser des services d'interprétation;

viii) Faciliter l'obtention de visa d'entrée pour les audiences, au besoin;

ix) Organiser l'hébergement des parties et des arbitres;

d) Assurer des services de dépôt des fonds[23];

---

21 Un dossier de communications écrites peut comprendre toute la correspondance et toutes les observations adressées par écrit, l'objet étant de faciliter d'éventuelles recherches et d'établir des copies que des parties ou le tribunal pourraient demander à tout moment pendant la procédure arbitrale. En outre, on pourrait aussi prévoir dans le cadre d'un tel fichier la transmission automatique ou uniquement à la demande des communications écrites d'une partie ou des arbitres.

22 Les mesures visant à faciliter la communication pourraient notamment consister à faire en sorte que les communications entre les parties, les avocats et le tribunal soient ouvertes et actualisées et aussi à simplement transmettre les communications écrites.

23 Les services de dépôt des fonds ont habituellement pour objet de recevoir et de décaisser les fonds versés par les parties. À cette fin, il faut ouvrir un compte bancaire spécial sur lequel des sommes sont versées par les parties, selon les instructions du tribunal. En général, l'institution prélève des fonds sur ce compte pour régler les frais encourus, et fait rapport régulièrement aux parties et au tribunal sur les fonds déposés et décaissés. Elle crédite habituellement les intérêts produits par les fonds à la partie qui les a versés, au taux bancaire pratiqué par la banque où le

e) Veiller à ce que les dates importantes au regard de la procédure soient respectées et, en cas de non-respect, en informer le tribunal arbitral et les parties;

f) Au besoin, donner des instructions concernant la procédure au nom du tribunal[24];

g) Apporter une aide pour les travaux d'appui ou de secrétariat dans d'autres domaines[25];

h) Aider à obtenir des copies certifiées de sentences, y compris des copies authentifiées, le cas échéant;

i) Apporter une aide pour traduire les sentences arbitrales;

j) Assurer des services aux fins de l'archivage des sentences arbitrales et des dossiers concernant la procédure arbitrale[26].

### 3. Barème des frais d'administration

24. En indiquant les honoraires qu'elle demande pour ses services, l'institution peut reproduire son barème des frais d'administration ou, à défaut, indiquer sur quelle base ces frais d'administration sont calculés[27].

25. Compte tenu des catégories de services que peut fournir l'institution (faire fonction d'autorité de nomination et/ou fournir des services administratifs, voir ci-dessus par. 21), il est recommandé d'indiquer séparément les honoraires relatifs à chaque catégorie (voir ci-dessus par. 22). Ainsi, l'institution indiquera les honoraires qu'elle demande si elle:

a) Fait fonction d'autorité de nomination seulement;

b) Fournit des services administratifs, sans faire fonction d'autorité de nomination; et/ou

c) Fait fonction d'autorité de nomination et fournit des services administratifs.

---

compte a été ouvert. Les services de dépôts des fonds pourraient aussi, de façon plus générale, avoir pour fonction de calculer et de percevoir un dépôt en garantie correspondant au coût estimatif de l'arbitrage. Si l'institution administre intégralement la procédure d'arbitrage, les services de dépôts des fonds peuvent être étendus de manière à permettre un contrôle plus étroit du coût de l'arbitrage, en veillant en particulier à ce que les notes d'honoraires et de frais soient régulièrement présentées et à ce que le niveau des avances soit calculé en consultation avec le tribunal, compte tenu du calendrier de la procédure.

24 Cette formule renvoie le plus souvent aux instructions concernant les provisions pour frais de l'arbitrage.

25 L'aide pour les travaux d'appui ou de secrétariat pourrait consister, notamment, à relire les projets de sentence afin de corriger les erreurs typographiques ou les erreurs matérielles.

26 L'archivage des documents relatifs à la procédure arbitrale peut être une obligation en vertu du droit applicable.

27 Voir, par exemple, l'article 44 concernant les frais administratifs ainsi que les tableaux sur les frais administratifs et les honoraires des arbitres (annexe) du Règlement d'arbitrage du Centre régional du Caire pour l'arbitrage commercial international (CRCICA), d'où il ressort que les dispositions de la section dudit règlement concernant les frais de l'arbitrage (y compris les frais administratifs et les honoraires des arbitres) s'appliquent par défaut lorsque les parties à un arbitrage ad hoc sont convenues que le Centre fournit ses services administratifs à l'appui de cet arbitrage.

### 4. Projet de clauses types

26. Pour assurer l'efficacité de la procédure, les institutions voudront peut-être inclure dans leurs procédures administratives des clauses d'arbitrage types visant les services susmentionnés. Il est recommandé que:

- Lorsque l'institution administre intégralement l'arbitrage en vertu du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, cette clause type soit libellée comme suit: "*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 administré par [nom de l'institution]. [Nom de l'institution] fera fonction d'autorité de nomination.*"
- Lorsque l'institution ne fournit que certains services, l'accord relatif aux services demandés soit indiqué de la manière suivante: "*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. [Nom de l'institution] fera office d'autorité de nomination et fournira des services administratifs conformément à ses procédures administratives en cas de litige soumis au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.*"
- Dans les deux cas, comme il est suggéré dans la clause d'arbitrage type de la CNUDCI dans l'annexe au Règlement, l'on puisse ajouter la note suivante: "*Note. Les parties voudront peut-être ajouter les indications suivantes: a) Le nombre d'arbitres est fixé à [...] [un ou trois]; b) Le lieu de l'arbitrage sera [...] [ville et pays]; c) La langue à utiliser pour la procédure arbitrale sera...*".

# A/CN.9/746/Add.1 (Original: anglais)

## Note du Secrétariat concernant le règlement des litiges commerciaux: 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 révisé en 2010

ADDITIF

### TABLE DES MATIÈRES


| | | *Paragraphes* |
|---|---|---|
| III. | Institution d'arbitrage agissant en tant qu'autorité de nomination | 27-62 |
| 1. | Autorités de désignation et de nomination (article 6) | 31-38 |
| a. | Procédure pour le choix ou la désignation d'une autorité de nomination (paragraphes 1 à 3 de l'article 6) | 32 |
| b. | Inaction – désignation d'une autre autorité de nomination (paragraphe 4 de l'article 6) | 33 |
| c. | Discrétion dans l'exercice de ses fonctions (paragraphe 5 de l'article 6) | 34-36 |
| d. | Nomination des arbitres (paragraphes 6 et 7 de l'article 6) | 37-38 |
| 2. | Nomination des arbitres | 39-48 |
| a. | Nomination d'un arbitre unique (paragraphe 2 de l'article 7 et article 8) | 39-42 |
| b. | Nomination d'un tribunal arbitral de trois membres (article 9) | 43-44 |
| c. | Pluralité de demandeurs ou de défendeurs (article 10) | 45-46 |
| d. | Récusation d'un arbitre et autres motifs de remplacement (articles 12 et 13) | 47 |
| e. | Note à l'intention des institutions agissant en tant qu'autorité de nomination | 48 |
| 3. | Décision de récusation d'un arbitre | 49-50 |
| a. | Articles 12 et 13 | 49 |
| b. | Note à l'intention des institutions agissant en tant qu'autorité de nomination | 50 |
| 4. | Remplacement d'un arbitre | 51-54 |
| a. | Article 14 | 51-54 |
| 5. | Assistance dans la fixation des honoraires des arbitres | 55-56 |
| a. | Articles 40 et 41 | 55 |
| b. | Note à l'intention des institutions agissant en tant qu'autorité de nomination | 56 |

6. Mécanisme de révision . . . . . 57-60
a. Article 41. . . . . 57-60
7. Observations concernant le montant des consignations. . . . . 61-62

## III. Institution d'arbitrage agissant en tant qu'autorité de nomination

27. Une institution (ou une personne) peut agir en qualité d'autorité de nomination en vertu du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Il est à noter que l'article 6 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 2010 souligne l'importance du rôle de l'autorité de nomination[1]. Les parties sont invitées à choisir une autorité de nomination d'un commun accord, si possible au moment où elles concluent la convention d'arbitrage. En outre, l'autorité de nomination pourrait être nommée par les parties à tout moment de la procédure d'arbitrage.

28. Les institutions d'arbitrage ont généralement l'expérience de fonctions similaires à celles que doit exercer une autorité de nomination en vertu du Règlement. Dans le cas d'une personne assumant cette responsabilité pour la première fois, il est important de noter qu'une fois désignée autorité de nomination, elle doit être et rester indépendante et prête à agir promptement à toutes les fins visées au Règlement.

29. Toute institution disposée à faire office d'autorité de nomination en vertu du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI peut indiquer dans ses procédures administratives les diverses fonctions d'une autorité de nomination envisagées dans le Règlement. Elle peut également décrire comment elle entend exercer ces fonctions.

30. Le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 2010 prévoit six fonctions essentielles de l'autorité de nomination: a) nomination des arbitres, b) décision sur la récusation d'arbitres, c) remplacement d'arbitres, d) assistance à la fixation des honoraires des arbitres, e) participation au mécanisme de révision des honoraires et des dépenses et f) observations concernant le montant des consignations. Les paragraphes qui suivent visent à fournir des orientations sur le rôle de l'autorité de nomination en vertu du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 2010, sur la base des travaux préparatoires.

### 1. Autorités de désignation et de nomination (article 6)

31. L'article 6 a été ajouté au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 2010 pour préciser aux utilisateurs du Règlement l'importance du rôle de l'autorité de nomination, en particulier dans le contexte d'arbitrages ad hoc[2].

---

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), par. 42.

[2] Ibid., par. 42; A/CN.9/619, par. 46 et A/CN.9/665, par. 69.

### *a. Procédure pour le choix ou la désignation d'une autorité de nomination (paragraphes 1 à 3 de l'article 6)*

32. Les paragraphes 1 à 3 de l'article 6 énoncent la procédure que les parties doivent suivre pour choisir ou faire désigner une autorité de nomination en cas de désaccord entre elles. Le paragraphe 1 pose comme principe que l'autorité de nomination peut être nommée par les parties à tout moment de la procédure d'arbitrage, et pas seulement dans certaines circonstances limitées[3].

### *b. Inaction – désignation d'une autre autorité de nomination (paragraphe 4 de l'article 6)*

33. Le paragraphe 4 de l'article 6 traite la situation dans laquelle une autorité de nomination refuse d'agir ou n'agit pas dans les délais prévus par le Règlement, 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. Toute partie peut alors demander au Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage (CPA) de désigner une autre autorité de nomination. L'inaction de l'autorité de nomination dans le contexte du mécanisme de révision des honoraires visé au paragraphe 4 de l'article 41 du Règlement, qui ne relève pas du paragraphe 4 de l'article 6 ("sous réserve de l'article 41, paragraphe 4"), est traitée directement au paragraphe 4 de l'article 41 (voir ci-dessous, paragraphe 58)[4].

### *c. Discrétion dans l'exercice de ses fonctions (paragraphe 5 de l'article 6)*

34. Conformément au paragraphe 5 de l'article 6, lorsque l'autorité de nomination exerce ses fonctions en vertu du Règlement, elle peut demander à toute partie et aux arbitres les renseignements qu'elle juge nécessaires. Cette disposition a été ajoutée au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 2010 pour doter explicitement l'autorité de nomination du pouvoir de demander des informations non seulement aux parties mais également aux arbitres. Les arbitres y sont mentionnés explicitement car il y a des cas, tels qu'une procédure de récusation, où l'autorité de nomination, dans l'exercice de ses fonctions, peut avoir besoin de renseignements de la part des arbitres[5].

35. Ce paragraphe 5 prévoit par ailleurs que l'autorité de nomination doit donner aux parties et, le cas échéant, aux arbitres la possibilité d'exposer leurs vues de la manière qu'elle juge appropriée. Lors des délibérations sur les modifications à apporter au Règlement, il a été convenu d'inclure le principe général que les parties devraient avoir la possibilité d'être entendues par l'autorité de nomination[6]. Cette possibilité devrait être donnée "de la manière" que l'autorité de nomination "juge appropriée", afin de mieux rendre compte du pouvoir d'appréciation de l'autorité de nomination pour ce qui est d'obtenir les vues des parties[7].

36. Le paragraphe 5 de l'article 6 dispose que toutes les communications en ce sens adressées ou reçues par l'autorité de nomination doivent également être

---

3 A/CN.9/619, par. 46 et A/CN.9/665, par. 69.

4 *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), par. 49.

5 A/CN.9/WGII/WP.157, par. 22.

6 A/CN.9/619, par. 76.

7 A/CN.9/665, par. 54.

adressées par l'expéditeur à toutes les autres parties. Cette disposition concorde avec le paragraphe 4 de l'article 17 du Règlement.

#### *d. Nomination des arbitres (paragraphes 6 et 7 de l'article 6)*

37. Le paragraphe 6 de l'article 6 dispose que lorsqu'une partie demande à l'autorité de nomination de nommer un arbitre en application des articles 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.

38. Le paragraphe 7 de l'article 6 dispose que l'autorité de nomination tient compte de considérations propres à assurer la nomination d'un arbitre indépendant et impartial. À cette fin, le paragraphe 7 recommande en outre de nommer un arbitre d'une nationalité autre que celle des parties (voir aussi le paragraphe 44 ci-après).

### 2. Nomination des arbitres

#### *a. Nomination d'un arbitre unique (paragraphe 2 de l'article 7 et article 8)*

39. Le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI envisage diverses possibilités pour la nomination d'un arbitre par l'autorité de nomination. Aux termes du paragraphe 1 de l'article 8, l'autorité de nomination peut être priée de nommer un arbitre unique, conformément aux procédures et critères énoncés au paragraphe 2 de l'article 8. Elle nomme l'arbitre unique aussi rapidement que possible, et n'intervient qu'à la demande d'une partie. Elle peut utiliser le système des listes défini au paragraphe 2 de l'article 8. Il convient de noter que cette disposition lui donne le pouvoir de décider que le système des listes ne convient pas à l'affaire.

40. L'article 7, qui porte sur le nombre d'arbitres, prévoit la règle par défaut selon laquelle, si les parties ne s'entendent pas sur le nombre d'arbitres, il en sera nommé trois. Cependant, le paragraphe 2 de l'article 7 prévoit un mécanisme de correction, de sorte que si aucune autre partie n'a répondu à la proposition d'une partie de nommer un arbitre unique et si aucune n'a nommé de deuxième arbitre, l'autorité de nomination peut, à la demande d'une partie, nommer un arbitre unique si elle juge que c'est plus approprié compte tenu des circonstances de l'espèce. Cette disposition a été ajoutée au Règlement pour éviter les situations où, le demandeur ayant proposé dans sa notification d'arbitrage de nommer un arbitre unique, un tribunal arbitral de trois membres doit cependant être formé parce que le défendeur n'a pas réagi à cette proposition. Elle fournit un mécanisme de correction utile dans le cas où le défendeur ne participe pas au processus et où l'arbitrage ne justifie pas de former un tribunal arbitral de trois membres. Ce mécanisme n'est pas censé provoquer de retards, dans la mesure où il est demandé à l'autorité de nomination d'intervenir dans le processus de nomination. Celle-ci devrait disposer de tous les renseignements pertinents, ou les demander conformément au paragraphe 5 de l'article 6, pour se prononcer sur le nombre d'arbitres[8]. Conformément au paragraphe 6 de l'article 6, ces renseignements incluraient des copies de la notification d'arbitrage et, si celle-ci existe, de la réponse à cette notification.

41. Lorsqu'il est demandé à une autorité de nomination, en vertu du paragraphe 2 de l'article 7 et de l'article 8 de déterminer si un arbitre unique convient mieux à

---

[8] Ibid., par. 62 et 63.

l'espèce, il faut tenir compte, entre autres circonstances, du montant en litige et de la complexité de l'affaire (notamment du nombre de parties en cause)[9], ainsi que de la nature de l'opération et du litige.

42. Dans certains cas, le défendeur peut ne pas prendre part à la constitution du tribunal arbitral et l'autorité de nomination ne dispose que des renseignements reçus du demandeur. Elle peut alors procéder à son évaluation en se fondant sur ces seuls renseignements, sachant qu'ils peuvent ne pas refléter l'ensemble des aspects de la procédure à venir.

### *b. Nomination d'un tribunal arbitral de trois membres (article 9)*

43. Aux termes du paragraphe 2 de l'article 9, une partie peut demander à l'autorité de nomination de nommer le deuxième des trois arbitres d'un tribunal arbitral de trois membres. Si les deux arbitres ne peuvent s'entendre sur le choix du troisième (l'arbitre-président), l'autorité de nomination peut être appelée à nommer ce troisième arbitre en vertu du paragraphe 3 de l'article 9. Cette nomination se ferait de la même manière que celle d'un arbitre unique en vertu de l'article 8. Conformément au paragraphe 1 de cet article, l'autorité de nomination ne devrait agir qu'à la demande d'une partie[10].

44. Lorsqu'il est demandé à une autorité de nomination de désigner l'arbitre-président conformément au paragraphe 3 de l'article 9, il est tenu compte, entre autres facteurs, de l'expérience de l'arbitre et de sa nationalité, dont il est recommandé qu'elle diffère de celle des parties (voir plus haut le paragraphe 38, se rapportant au paragraphe 7 de l'article 6).

### *c. Pluralité de demandeurs ou de défendeurs (article 10)*

45. Le paragraphe 1 de l'article 10 dispose que, lorsqu'il y a plusieurs demandeurs ou défendeurs, à moins que les parties n'en décident autrement, les demandeurs nomment conjointement un arbitre et les défendeurs l'autre. Faute d'une telle nomination conjointe, si toutes les parties ne peuvent s'entendre sur une méthode pour former le tribunal arbitral, l'autorité de nomination, à la demande de toute partie, conformément au paragraphe 3 de l'article 10, constitue le tribunal arbitral et nomme un de ses membres arbitre-président[11]. Les parties de l'un ou l'autre côté pourraient être dans l'impossibilité de procéder à une telle nomination par exemple lorsque les demandeurs ou défendeurs sont en nombre très élevé ou ne constituent pas un groupe unique ayant des obligations et des droits communs (comme dans les affaires touchant un grand nombre d'actionnaires)[12].

46. Le pouvoir de l'autorité de nomination de constituer le tribunal arbitral est énoncé en termes généraux au paragraphe 3 de l'article 10 afin d'englober tous les cas possibles où le tribunal arbitral ne peut être formé en vertu du Règlement[13] et pas seulement ceux concernant plusieurs parties. Il convient également de

---

9 Par exemple, au cas où l'une des parties est un État, s'il y a (ou s'il pourrait y avoir) des demandes reconventionnelles ou des demandes en compensation.

10 *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), par. 59.

11 A/CN.9/614, par. 62 et 63, et A/CN.9/619, par. 86.

12 A/CN.9/614, par. 63.

13 A/CN.9/619, par. 88.

remarquer que l'autorité de nomination a le pouvoir d'annuler les nominations déjà faites et de nommer ou renommer chacun des arbitres[14]. Le principe énoncé au paragraphe 3 selon lequel l'autorité de nomination devrait nommer l'ensemble du tribunal arbitral lorsque les parties d'un même camp dans un arbitrage à plusieurs parties ne peuvent s'entendre sur un arbitre a été inclus dans le Règlement en raison de son importance, en particulier dans des situations comme celle à l'origine de l'affaire *BKMI et Siemens* c. *Dutco*[15]. Dans cette affaire, la décision se fondait sur l'exigence d'un traitement égal des parties, ce dont le paragraphe 3 tient compte en confiant le pouvoir de nomination à l'autorité de nomination[16]. Les travaux préparatoires du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 2010 montrent qu'on s'est employé à conserver une approche souple et à conférer des pouvoirs discrétionnaires à l'autorité de nomination au paragraphe 3 de l'article 10, pour tenir compte de la diversité des situations pouvant survenir dans la pratique[17].

#### *d. Récusation d'un arbitre et autres motifs de remplacement (articles 12 et 13)*

47. Il peut être demandé à l'autorité de nomination de désigner un arbitre remplaçant en vertu du paragraphe 3 de l'article 12, de l'article 13 ou de l'article 14 (carence ou incapacité d'un arbitre, récusation effective et autres raisons de remplacement, voir ci-dessous, par. 49 à 54).

#### *e. Note à l'intention des institutions agissant en tant qu'autorité de nomination*

48. Dans chacun des cas où une institution peut être appelée à nommer un arbitre conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, elle peut préciser comment elle choisira cet arbitre. En particulier, elle peut indiquer si elle tient une liste d'arbitres parmi lesquels elle choisira les candidats appropriés, et donner des renseignements sur la composition de cette liste. Elle peut également indiquer quelle personne ou quel organe de l'institution procédera à la nomination (par exemple le président, un conseil d'administration, le secrétaire général ou un comité) et, s'il s'agit d'un conseil ou d'un comité, la composition de cet organe ou les modalités d'élection de ses membres.

### 3. Décision de récusation d'un arbitre

#### *a. Articles 12 et 13*

49. Aux termes de l'article 12 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, un arbitre peut être récusé s'il existe des circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou son indépendance. Si cette récusation est contestée (c'est-à-dire si l'autre partie ne l'accepte pas ou si l'arbitre récusé ne se déporte pas dans les 15 jours à compter de la notification de la récusation), la partie récusante peut demander que l'autorité de nomination se prononce sur la récusation en application du paragraphe 4 de l'article 13. Si l'autorité de nomination admet la récusation, elle peut également être appelée à nommer l'arbitre remplaçant.

---

[14] Ibid., par. 89.

[15] *BKMI et Siemens* c. *Dutco*, Cour de cassation française, 7 janvier 1992 (voir *Revue de l'Arbitrage*, 1992, p. 470).

[16] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), par. 60.

[17] A/CN.9/619, par. 90.

### *b. Note à l'intention des institutions agissant en tant qu'autorité de nomination*

50. L'institution peut préciser comment elle rendra sa décision de récusation conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Elle voudra peut-être mentionner aussi tout code interne de déontologie ou autres principes écrits qu'elle appliquerait pour s'assurer de l'indépendance et de l'impartialité des arbitres.

## 4. Remplacement d'un arbitre

### *a. Article 14*

51. Au cas où un arbitre doit être remplacé pendant la procédure arbitrale, un remplaçant doit être 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 conformément au paragraphe 1 de l'article 14. Cette procédure s'applique même si lors du processus de nomination de l'arbitre devant être remplacé une partie n'avait pas exercé son droit de le nommer ou de participer à sa nomination.

52. Cette procédure est soumise au paragraphe 2 de l'article 14, qui dispose que l'autorité de nomination a le pouvoir de décider, à la demande d'une partie, s'il serait justifié de priver une partie du droit de nommer un remplaçant. Si elle en décide ainsi, 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.

53. Il convient de noter que l'autorité de nomination ne devrait priver une partie du droit de nommer un remplaçant que dans des circonstances exceptionnelles. À cette fin, l'expression "circonstances exceptionnelles de l'espèce", au paragraphe 2 de l'article 14, a été choisie pour permettre à l'autorité de nomination de tenir compte de toutes les circonstances ou de tous les incidents pouvant être survenus pendant la procédure[18]. Il ressort des travaux préparatoires du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 2010 que priver une partie du droit de nommer un arbitre est une décision grave qui doit se fonder sur une faute d'une partie à l'arbitrage et sur une enquête factuelle, et ne saurait être soumise à des critères définis. L'autorité de nomination devrait plutôt déterminer à sa discrétion si la partie a le droit de désigner un autre arbitre[19]. De telles circonstances exceptionnelles pourraient inclure le comportement fautif d'une partie[20], si par exemple elle recourait à des manœuvres dilatoires dans la procédure de remplacement d'un arbitre, ou le comportement fautif d'un arbitre, s'il est manifestement imputable à la partie.

54. Pour décider s'il convient d'autoriser un tribunal arbitral incomplet à poursuivre l'arbitrage en vertu de l'alinéa b) du paragraphe 2 de l'article 14, l'autorité de nomination doit tenir compte du stade de la procédure. Si les audiences sont déjà closes, il pourrait être plus indiqué, aux fins de l'efficacité, de permettre à un tribunal incomplet de rendre toute décision ou la sentence définitive, que de procéder à la nomination d'un remplaçant. D'autres facteurs à prendre en considération, dans la mesure du possible, pour décider s'il convient d'autoriser un

---

18 A/CN.9/688, par. 78.

19 Ibid.; A/CN.9/614, par. 71.

20 A/CN.9/665, par. 112.

tribunal incomplet à poursuivre l'arbitrage, sont le droit applicable (permettrait-il ou limiterait-il une telle procédure?) et la jurisprudence relative aux tribunaux incomplets.

### 5. Assistance dans la fixation des honoraires des arbitres

#### *a. Articles 40 et 41*

55. Conformément au paragraphe 1 et à l'alinéa a) du paragraphe 2 de l'article 40 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 2010, le tribunal arbitral fixe ses honoraires et dépenses. Conformément au paragraphe 1 de l'article 41, le montant des honoraires et 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. Dans cette tâche, le tribunal arbitral peut être aidé par une autorité de nomination: si l'autorité de nomination applique ou a déclaré qu'elle appliquerait un barème ou une méthode particulière pour fixer les honoraires des arbitres nommés dans les litiges internationaux qu'elle administre, 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 (paragraphe 2 de l'article 41).

#### *b. Note à l'intention des institutions agissant en tant qu'autorité de nomination*

56. Une institution disposée à faire office d'autorité de nomination peut indiquer dans ses procédures administratives tous détails pertinents concernant l'assistance pour la fixation des honoraires. Elle peut notamment indiquer si elle a publié un barème ou une méthode particulière pour fixer les honoraires des arbitres nommés dans des litiges internationaux comme il est envisagé au paragraphe 2 de l'article 41 (voir aussi plus haut, [dans le document A/CN.9/746] paragraphe 19).

### 6. Mécanisme de révision

#### *a. Article 41*

57. L'article 41, portant sur les honoraires et les dépenses des arbitres, prévoit un mécanisme d'examen des honoraires par un organisme neutre, l'autorité de nomination. Bien qu'une institution puisse avoir ses propres règles en matière d'honoraires, il est recommandé que l'institution agissant en tant qu'autorité de nomination suive les règles énoncées à l'article 41.

58. Le mécanisme d'examen comporte deux étapes. S'agissant de la première étape, le paragraphe 3 de l'article 41 dispose que rapidement après sa constitution le tribunal arbitral doit informer les parties de la façon dont il propose de déterminer ses honoraires et ses dépenses. Toute partie dispose alors de 15 jours pour demander à l'autorité de nomination d'examiner cette proposition. Si l'autorité de nomination estime que la proposition du tribunal arbitral ne présente pas le caractère raisonnable exigé au paragraphe 1 de l'article 41, elle y apporte dans les 45 jours les modifications nécessaires, qui s'imposent au tribunal. S'agissant de la seconde étape, le paragraphe 4 de l'article 41 dispose qu'après avoir reçu la note d'honoraires et de dépenses des arbitres, toute partie peut en demander l'examen à l'autorité de nomination. Si l'autorité de nomination n'agit pas, le Secrétaire général de la CPA procède à l'examen. Dans les 45 jours suivant la réception de la requête, l'autorité d'examen apporte à la décision du tribunal arbitral les modifications

nécessaires pour qu'elle réponde aux critères énoncés au paragraphe 1 si elle ne correspond pas à la proposition du tribunal arbitral (compte tenu de toute modification) en vertu du paragraphe 3 ou est de toute autre manière manifestement excessive.

59. Il ressort des travaux préparatoires du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 2010 que les modalités de fixation des honoraires des arbitres étaient considérées comme cruciales pour la légitimité et l'intégrité du processus arbitral lui-même[21].

60. Les critères et le mécanisme visés aux paragraphes 1 à 4 de l'article 41 avaient été choisis pour fournir des orientations suffisantes aux autorités de nomination et éviter un examen long et approfondi de la fixation des honoraires[22]. L'alinéa c) du paragraphe 4 de l'article 41 renvoie à la notion de caractère raisonnable du montant des honoraires des arbitres, élément dont l'autorité de nomination devrait tenir compte dans son examen. Pour préciser que le processus d'examen ne doit pas aller trop loin, l'expression "ne sont manifestement pas conformes à la proposition" a été incluse dans l'alinéa c) du paragraphe 4 de l'article 41[23].

### 7. Observations concernant le montant des consignations

61. Aux termes du paragraphe 3 de l'article 43 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 2010, le tribunal arbitral ne fixe le montant des sommes initiales 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, si une partie en fait la demande et si l'autorité de nomination accepte cette mission. L'institution souhaitera peut-être indiquer dans ses procédures administratives si elle est disposée à s'acquitter de cette fonction. Des sommes supplémentaires peuvent devoir être consignées si au cours de la procédure il apparaît que les coûts seront plus élevés que prévus, par exemple si le tribunal arbitral décide en application du Règlement d'arbitrage de nommer un expert[24]. Bien que cela ne soit pas mentionné expressément dans le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, les autorités de nomination fournissent également dans la pratique des observations et des avis sur les paiements intermédiaires.

62. Il convient de noter qu'en vertu du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, ces avis sont la seule tâche ayant trait aux consignations que l'autorité de nomination peut être priée d'accomplir. Ainsi, si une institution propose de s'acquitter de toute autre fonction (par exemple de détenir les consignations ou de rendre compte de leur utilisation), il faudrait préciser qu'il s'agirait de services administratifs supplémentaires ne faisant pas partie des fonctions d'une autorité de nomination (voir le paragraphe 30 ci-dessus).

(Outre les renseignements et suggestions figurant dans le présent document, une assistance peut être obtenue auprès du secrétariat de la CNUDCI (Division du droit commercial international, Bureau des affaires juridiques, Nations Unies, Centre

---

21 A/CN.9/646, par. 20.

22 A/CN.9/688, par. 23.

23 Ibid., par. 30.

24 Aide-mémoire de la CNUDCI sur l'organisation des procédures arbitrales (1996), par. 30.

international de Vienne, B.P. 500, A-1400 Vienne, Autriche; courrier électronique: uncitral@uncitral.org). Le secrétariat pourrait par exemple, sur demande, aider à rédiger des règles institutionnelles ou des dispositions administratives, ou formuler des suggestions à cet égard.)

## H. Note du Secrétariat concernant le règlement des litiges commerciaux: 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 révisé en 2010 – compilation des commentaires reçus des gouvernements (A/CN.9/747 et Add.1)

**[Original: anglais/espagnol]**

**TABLE DES MATIÈRES**

*Paragraphes*

I. Introduction . . . . . 1-3

II. Commentaires reçus des gouvernements . . . . .

Espagne . . . . .

# I. Introduction

1. À sa quarante-troisième session (New York, 21 juin-9 juillet 2010), la Commission 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"[1]. 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 offrait des services administratifs dans le cadre d'arbitrages ad hoc relevant du Règlement. 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. 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[2].

2. En vue de la quarante-cinquième session de la Commission (New York, 25 juin-6 juillet 2012), le texte du projet de 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, tel que révisé en 2010

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-septième session, Supplément n° 17* (A/37/17), par. 74 à 85 et annexe I.

[2] Ibid., *soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), par. 188 et 189.

(document A/CN.9/746 et son additif) a été distribué à tous les gouvernements pour commentaire.

3. Le présent document reproduit les commentaires que le Secrétariat a reçus sur le projet de 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, révisé en 2010, tels qu'il les a reçus. Les commentaires reçus après la publication du présent document seront publiés sous la forme d'additifs dans l'ordre dans lequel ils auront été reçus.

# II. Commentaires reçus des gouvernements

## Espagne

[Original: espagnol]
[Date: 11 mai 2012]

**Règlement des litiges commerciaux: 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 révisé en 2010**

Le Royaume d'Espagne remercie le secrétariat de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) pour les documents préparés en rapport avec le projet de 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, tel que révisé en 2010 (A/CN.9/746 et Add.1). Ces documents seront extrêmement utiles aux institutions d'arbitrage et aux diverses fonctions qu'ils peuvent exercer conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

Les commentaires du Royaume d'Espagne concernent le texte espagnol de la clause type proposée au paragraphe 26 du document A/CN.9/746. Le texte français n'est pas concerné.

De l'avis du Royaume d'Espagne, le libellé proposé n'est pas conforme à celui de la clause type figurant en annexe du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, tel que révisé en 2010, dans la mesure où il présente des petites différences linguistiques qui devraient être évitées.

Le Royaume d'Espagne propose donc de remplacer le projet de clause type figurant au paragraphe 26 du document A/CN.9/746 par le texte espagnol suivant:

> "Todo litigio, controversia o reclamación que resulte del presente contrato o se refiera a su texto, o que resulte de su incumplimiento, su resolución o su nulidad, se resolverá por arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI administrado por [nombre de la institución]. [Nombre de la institución] actuará como autoridad nominadora.
>
> Todo litigio, controversia o reclamación resultante de este contrato o relativo a este contrato, su incumplimiento, resolución o nulidad, se resolverá mediante arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. [Nombre de la institución] actuará como autoridad nominadora y prestará servicios administrativos de conformidad con sus procedimientos

administrativos en los casos en que se aplica el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

*Nota. Las partes deberían estudiar la posibilidad de agregar lo siguiente:*

*a)* El número de árbitros será de ... (uno o tres);

*b)* El lugar del arbitraje será ... (ciudad y país);

*c)* El idioma que se utilizará en el procedimiento arbitral será ..."

# A/CN.9/747/Add.1 (Original: anglais)

## Note du Secrétariat concernant le règlement des litiges commerciaux: 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 révisé en 2010 – compilation des commentaires reçus des gouvernements

ADDITIF

**TABLE DES MATIÈRES**

*Paragraphes*

II. Commentaires reçus des gouvernements (*suite*) . . . . . .

Thaïlande . . . . . .

---

# II. Commentaires reçus des gouvernements (*suite*)

## Thaïlande

[Original: anglais]
[Date: 14 juin 2012]

**Commentaires et texte proposé (le cas échéant) relatifs au document A/CN.9/746**

**Paragraphe 9**

Les parties au litige pourraient juger utile qu'une institution d'arbitrage indique les divergences entre son propre texte et le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, mais une telle indication ne revêt pas nécessairement une importance fondamentale puisque les parties sont en mesure d'examiner elles-mêmes si un ensemble donné de règles institutionnelles convient ou non à leur litige. En outre, les parties peuvent convenir entre elles d'utiliser des règles autres que le règlement de l'institution d'arbitrage en question.

**Paragraphe 12 i)**

Lorsque les parties au litige souhaitent faire appel à une institution d'arbitrage, celle-ci sert d'intermédiaire entre les parties et le tribunal arbitral. Il s'ensuit que les parties communiqueront probablement entre elles par l'entremise de l'institution d'arbitrage. Le demandeur doit déposer une notification d'arbitrage auprès de l'institution. Lorsqu'elle a reçu la notification, l'institution en communique une copie au défendeur. Par conséquent, la seconde variante de la modification de l'article 3-1 proposée au paragraphe 12 est préférée à la première, car elle coïncide avec la pratique observée par les institutions d'arbitrage et est plus exacte.

**Paragraphe 13**

Si les parties ont stipulé dans la clause compromissoire de leur contrat que leurs litiges seront soumis à une institution d'arbitrage, cette dernière se chargera de communiquer les documents, ainsi que de recevoir et de conserver les mémoires et toutes sortes de documents afin d'assurer une administration efficace de la procédure d'arbitrage. L'institution devrait donc pouvoir établir les moyens de communication qu'elle utilisera, sans avoir à supporter un fardeau trop lourd.

L'article 17 devrait donc être modifié comme suit (le texte ajouté étant souligné):

> "Le tribunal arbitral, après avoir consulté les parties, établit les moyens que ces dernières utilisent pour leurs communications ou télécommunications. Sauf autorisation contraire du tribunal arbitral, toutes les communications entre celui-ci et toute partie sont également adressées à [nom de l'institution]."

**Paragraphe 15**

Cette partie facilite le remplacement de la référence à l'"autorité de nomination" par le nom de l'institution d'arbitrage, ce qui permettra de réduire les retards susceptibles de se produire dans les cas où le règlement d'une institution d'arbitrage n'indique pas clairement qu'elle exerce également les fonctions d'autorité de nomination. Il s'agit donc d'un point important, qui devrait être soigneusement examiné. De plus, la personne autorisée à agir au nom de l'institution d'arbitrage pour exercer les fonctions d'autorité de nomination devrait être citée dans une disposition ou dans une note de bas de page associée à un article du règlement, plutôt qu'en annexe au règlement (voir le paragraphe 16).

**Paragraphe 16**

Il conviendrait également de préciser que l'organe exerçant les fonctions d'autorité de nomination doit être impartial et n'avoir aucun intérêt dans le litige considéré.

**Paragraphe 23 a) et sa note de bas de page**

Pour plus de certitude, la tenue à jour d'un dossier des communications écrites devrait également inclure la tenue à jour d'un dossier des communications sous forme électronique, pratique de plus en plus courante dans les institutions d'arbitrage. En outre, il faudrait examiner la durée pendant laquelle une institution d'arbitrage doit conserver de telles communications APRÈS le règlement d'un litige, pour éviter que cette obligation ne devienne inutilement trop lourde pour l'institution. Une institution d'arbitrage pourrait par exemple préciser qu'elle conservera les documents qui lui ont été communiqués pendant une période de cinq ans à compter de la date de règlement du litige, sauf accord contraire des parties au litige ou suggestion contraire du tribunal arbitral.

**Paragraphe 24**

L'institution voudra peut-être envisager de publier les honoraires ou frais qu'elle demande pour ses services dans le cadre d'un litige général et/ou les méthodes qu'elle utilise pour les calculer. Il s'agit de permettre aux parties au litige d'évaluer leurs frais potentiels avant d'engager la procédure ou de se fonder sur ces renseignements pour réfléchir à l'utilisation des services administratifs d'une

institution donnée (en tout ou en partie). En outre, il conviendrait de faire référence à l'article 41-4 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 2010 s'agissant d'éventuelles demandes d'examen des honoraires.

**Paragraphe 25**

Le classement par catégories est très utile car il permet aux parties au litige de sélectionner une institution d'arbitrage en se fondant précisément sur les honoraires appliqués aux différents types de services. Si elle le juge bon, l'institution d'arbitrage devrait aussi pouvoir réviser ces honoraires, en fonction notamment du montant en jeu et de la complexité d'un litige donné.

**Paragraphe 26, première clause type suggérée**

Une institution d'arbitrage peut administrer l'intégralité d'une procédure conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 2010. Il faudrait donc que les clauses types d'arbitrage énoncent clairement les règles particulières qu'adoptera l'institution. Ainsi par exemple, la clause type du paragraphe 26, relative aux cas où l'institution administre intégralement l'arbitrage en vertu du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, devrait être libellée comme suit (le texte ajouté étant souligné):

> "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 <u>actuellement en vigueur</u> administré par [nom de l'institution]. [Nom de l'institution] fera fonction d'autorité de nomination."

**Commentaires relatifs au document A/CN.9/746/Add.1**

**Paragraphes 38 et 44**

L'autorité de nomination devrait également envisager d'informer les parties au litige, dans la mesure du possible, des raisons de la nomination d'un arbitre donné. La nomination d'un arbitre est en effet l'un des éléments les plus importants de la procédure d'arbitrage.

**Paragraphe 49**

Il conviendrait de rédiger une disposition supplémentaire relative à l'examen par l'autorité de nomination du remboursement des honoraires déjà réglés à un arbitre qui a été récusé ou qui s'est déporté – examen entre autres de la question même du remboursement de tels honoraires et, le cas échéant, du montant à rembourser. Des questions relatives à l'honnêteté de l'arbitre qui a été récusé ou qui s'est déporté pourraient être soulevées et l'octroi de dommages-intérêts aux parties au litige du fait de cette récusation ou de ce déport pourrait aussi être examiné.

**Paragraphe 58**

L'autorité de nomination et le Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage pourraient envisager d'énoncer les critères généraux sur lesquels un tribunal arbitral se fonderait pour déterminer ses honoraires et frais, afin d'assurer le respect de l'obligation relative au caractère raisonnable.

**Paragraphe 61**

Lorsque l'institution d'arbitrage agit également en qualité d'autorité de nomination, elle pourrait envisager d'établir des critères ou des orientations pour la détermination du montant des sommes initiales ou des sommes supplémentaires que les parties au litige doivent consigner. De tels critères ou de telles orientations pourraient reposer sur les règles et les principes existants de l'institution.

# II. COMMERCE ÉLECTRONIQUE

## A. Rapport du Groupe de travail IV (Commerce électronique) sur les travaux de sa quarante-cinquième session (Vienne, 10-14 octobre 2011) (A/CN.9/737)

**[Original: anglais]**

**TABLE DES MATIÈRES**


| | | *Paragraphes* |
|---|---|---|
| I. | Introduction | 1-3 |
| II. | Organisation de la session | 4-10 |
| III. | Délibérations et décisions | 11-13 |
| IV. | Questions juridiques liées à l'utilisation des documents transférables électroniques | 14-18 |
| | A. Objet: les documents transférables électroniques | 14-22 |
| | B. Problèmes juridiques posés par les documents transférables électroniques | 23-28 |
| | C. Équivalence fonctionnelle et neutralité technologique | 29 |
| | D. Équivalence fonctionnelle de "l'unicité" | 30 |
| | E. Équivalence fonctionnelle de la "possession": la notion de "contrôle" | 31-37 |
| | F. Modèle du registre | 38-40 |
| | G. Méthodologie possible pour les travaux futurs du Groupe de travail | 41-88 |
| V. | Travaux d'autres organisations internationales sur les questions juridiques liées à l'utilisation des documents transférables électroniques | 89-91 |
| VI. | Questions diverses | 92-95 |
| | A. Assistance technique et coopération | 92 |
| | B. Réunions futures | 93-95 |


---

# 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 en temps utile des suggestions appropriées concernant de futurs travaux[1]. À sa quarante-deuxième session, en 2009, elle a prié

---

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément n° 17*

le Secrétariat d'élaborer des études sur les documents transférables électroniques à partir des propositions reçues à cette session (documents A/CN.9/681 et Add.1, et A/CN.9/682)[2].

2. Comme suite à ces demandes, un document sur les travaux actuels et les travaux futurs possibles dans le domaine du commerce électronique (A/CN.9/692) a été soumis à la Commission à sa quarante-troisième session, en 2010. À cette session, la Commission a demandé au Secrétariat d'organiser un colloque sur les sujets pertinents, à savoir les documents transférables électroniques, les systèmes de gestion de l'identité et le commerce électronique effectué au moyen d'appareils mobiles et de guichets uniques électroniques et de rendre compte des débats de ce colloque[3].

3. À sa quarante-quatrième session, en 2011, la Commission était saisie d'une note du Secrétariat (A/CN.9/728 et A/CN.9/728/Add.1) résumant les débats du colloque concernant les travaux futurs possibles dans le domaine du commerce électronique (New York, 14-16 février 2011)[4]. À cette session, la Commission est convenue que le Groupe de travail IV (Commerce électronique) serait de nouveau convoqué pour entreprendre des travaux dans le domaine des documents transférables électroniques[5] et que les délibérations pourraient porter sur certains aspects des autres sujets mentionnés dans les documents A/CN.9/728 et A/CN.9/728/Add.1[6].

# II. Organisation de la session

4. Le Groupe de travail, qui est composé de tous les États membres de la Commission, a tenu sa quarante-cinquième session à Vienne du 10 au 14 octobre 2011. Ont assisté à cette session des représentants des États membres suivants: Allemagne, Australie, Autriche, Brésil, Cameroun, Canada, Chili, Chine, Colombie, Égypte, El Salvador, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Italie, Japon, Kenya, Mexique, Nigéria, Paraguay, Philippines, Pologne, République de Corée, République tchèque, Singapour, Sri Lanka, Thaïlande, Turquie, Ukraine et Venezuela (République bolivarienne du).

5. Ont également assisté à la session des observateurs des États ci-après: Belgique, Croatie, Indonésie, Panama, Pérou, République dominicaine, Roumanie et Slovaquie.

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

---

(A/62/17), Part I, par. 195.

2 Ibid., *soixante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/64/17), par. 343.

3 Ibid., *soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), par. 250.

4 Des informations sur ce colloque sont disponibles à la date du présent rapport à l'adresse www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia/electronic-commerce-2010.html.

5 *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 17* (A/66/17), par. 238.

6 Ibid., par. 239.

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

a) *Organisations intergouvernementales*: Organisation mondiale des douanes (OMD);

b) *Organisations internationales non gouvernementales*: Association of the Bar of the State of New York, Conseil des Notariats de l'Union Européenne (CUNE), European Multi-channel and Online Trade Association (EMOTA), Institut de droit et de technologie (Université Masaryk) et International Technology Law Association (ITECHLAW).

8. Le Groupe de travail a élu le Bureau suivant:

*Président*: M. D. Agustin MADRID PARRA (Espagne)

*Rapporteuse*: M^me^ Surangkana WAYUPARB (Thaïlande)

9. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants:

a) Ordre du jour provisoire annoté (A/CN.9/WG.IV/WP.114);

b) Note du Secrétariat sur les questions juridiques liées à l'utilisation des documents transférables électroniques (A/CN.9/WG.IV/WP.115); et

c) Aspects juridiques du commerce électronique – proposition du Gouvernement espagnol (A/CN.9/WG.IV/WP.116).

10. 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 des questions juridiques liées à l'utilisation des documents transférables électroniques.
5. Travaux d'autres organisations internationales sur les questions juridiques liées à l'utilisation des documents transférables électroniques.
6. Questions diverses.
7. Adoption du rapport.

# III. Délibérations et décisions

11. Pendant la discussion du Groupe de travail, la Secrétaire générale adjointe aux affaires juridiques et Conseillère juridique de l'Organisation des Nations Unies a fait une déclaration. Se référant aux textes de la CNUDCI sur le commerce électronique, elle a noté que la Commission avait considérablement contribué à l'harmonisation du droit commercial international. Elle a aussi relevé les difficultés importantes auxquelles le Groupe de travail serait confronté, compte tenu de la complexité tant juridique que technologique du sujet traité.

12. Au nom du Secrétaire général, la Conseillère juridique a souligné que les travaux menés par la Commission et par ses groupes de travail jouissaient d'une

grande considération dans les milieux d'affaires internationaux, en particulier dans le contexte actuel de crise financière et de contraction du commerce international. Notant que les pauvres étaient souvent les plus vulnérables, elle a souligné que l'adoption d'une législation permettant l'utilisation de nouvelles technologies pourrait favoriser le développement économique. Elle a conclu sa déclaration en soulignant le rôle joué par la CNUDCI dans l'élaboration de normes juridiques internationales capables de promouvoir la liberté des échanges commerciaux et en indiquant que l'existence de ces normes était essentielle pour la réforme du droit commercial dans les économies en développement ou en transition.

13. Le Groupe de travail a procédé à l'examen des questions juridiques liées à l'utilisation des documents transférables électroniques sur la base du document A/CN.9/WG.IV/WP.115. Il est rendu compte ci-après de ses délibérations et décisions sur le sujet.

# IV. Questions juridiques liées à l'utilisation des documents transférables électroniques

## A. Objet: les documents transférables électroniques

14. Pour commencer, le Groupe de travail a examiné de manière générale la question des documents transférables électroniques. Il a été reconnu qu'aucun cadre juridique harmonisé, généralisé et accepté internationalement ne traitait à ce jour les différentes questions que soulevait l'utilisation de ces documents, utilisation qui s'en trouvait de ce fait découragée.

15. Il a donc été suggéré que le Groupe de travail s'attache d'abord à cerner les questions découlant de l'utilisation des documents transférables dans les différents secteurs d'activité et dans les différents pays. Il a aussi été noté que la discussion devrait porter non seulement sur les utilisations futures possibles des documents transférables électroniques, mais aussi sur la pratique existante.

16. Il a aussi été suggéré que le Groupe de travail étudie tout particulièrement les difficultés et obstacles de nature juridique résultant de l'utilisation des documents transférables électroniques, notamment la création, l'émission, le transfert et le contrôle de ces documents, et les différentes méthodes d'identification du porteur, notamment les registres.

17. Après discussion, il a été généralement convenu que le Groupe de travail recenserait les obstacles juridiques à l'utilisation des documents transférables électroniques.

18. Il a été suggéré que le Groupe de travail examine la notion de documents transférables électroniques et la manière dont les questions afférentes étaient traitées dans différents pays.

19. La question a été posée de savoir si les documents donnant au porteur le droit de recevoir une somme d'argent (instruments transférables) devraient être traités séparément des documents lui donnant droit de prendre livraison de marchandises (documents titres). À cet égard, il a été suggéré que le Groupe de travail se concentre sur les documents négociables formant titre.

20. Il a aussi été suggéré que le Groupe de travail précise les différences entre les instruments transférables et les documents titres, ainsi qu'entre les documents négociables et non négociables. Dans ce contexte, on a noté qu'il n'était pas nécessaire d'examiner les instruments transférables non négociables, les questions juridiques liées à ces instruments étant déjà traitées dans les textes existants de la CNUDCI sur le commerce électronique.

21. D'un autre côté, on a aussi suggéré une approche générale englobant également les titres qui n'étaient pas encore entièrement dématérialisés. À cet égard, il a été recommandé de tenir compte des instruments existants, tels que la Convention d'UNIDROIT sur les règles matérielles relatives aux titres intermédiés (2009), et des travaux d'autres instances, notamment ceux du Groupe de travail VI sur l'inscription des sûretés réelles mobilières.

22. À l'issue de la discussion, il a été généralement convenu que le Groupe de travail devrait conférer une portée générale à ses travaux pour prendre en compte tous les types possibles de documents électroniques en se ménageant la possibilité de les traiter de manière différenciée lorsque cela était souhaitable.

## B. Problèmes juridiques posés par les documents transférables électroniques

23. Le Groupe de travail a noté que d'importants problèmes subsistaient lorsque le transfert du document électronique faisait intervenir un tiers. À cet égard, il a été souligné qu'il convenait d'établir une distinction entre transférabilité et négociabilité, en insistant sur la négociabilité, qui implique, entre autres, la protection des tiers. Il a été convenu que le Groupe de travail procéderait à un examen approfondi de ces deux concepts et préciserait la distinction entre eux.

24. Il a également été noté que dans certains systèmes juridiques au moins, et éventuellement sous réserve d'autres conditions telles que la bonne foi du bénéficiaire du transfert, certaines actions visant les opérations sous-jacentes ne pourraient nuire à la validité du titre transféré avec un instrument négociable. Il a été dit que la négociabilité de l'instrument dépendait à la fois du droit applicable et des conditions contractuelles de l'instrument.

25. Il a été indiqué que même si les instruments papier négociables reposaient sur la présomption d'existence d'un seul document original et authentique, cette exigence visait en réalité à faire en sorte qu'une seule partie ait le droit de demander l'exécution de l'obligation représentée par l'instrument négociable. On a aussi indiqué qu'il serait possible d'atteindre un tel objectif dans un environnement électronique sans nécessairement suivre l'approche traditionnelle, puisque les documents électroniques n'existaient pas en un seul exemplaire, la transmission électronique elle-même nécessitant la reproduction de ces documents.

26. Il a été dit que dans un environnement électronique, on pourrait assurer l'unicité en utilisant à bon escient la notion de contrôle du document électronique négociable, qui dépendrait elle-même de la possibilité d'identifier et d'authentifier de manière fiable la partie exerçant ce contrôle. Un tel processus fiable d'identification et d'authentification, a-t-on ajouté, devrait nécessairement faire référence aux systèmes de gestion de l'identité. À cet égard, on a également indiqué

qu'il conviendrait peut-être de prévoir différents niveaux d'identification et d'authentification eu égard aux différents rôles des parties intervenant dans le transfert des documents électroniques négociables.

27. Il a également été dit qu'un examen des tentatives passées de création de systèmes pour les documents négociables permettrait au Groupe de travail de mieux comprendre les raisons ayant empêché leur large adoption. À ce titre, on a mentionné les obstacles découlant d'une acceptation limitée des principes juridiques sous-jacents par les systèmes juridiques étrangers ainsi que le manque de dispositions adéquates dans le droit applicable.

28. L'idée a été émise que, même si les textes de la CNUDCI et d'autres textes législatifs s'inspiraient traditionnellement des principes de non-discrimination, de neutralité technologique et d'équivalence fonctionnelle, les besoins propres aux documents électroniques négociables pourraient nécessiter un examen de la possibilité de s'écarter de tels principes. Il a été répondu à cela que même si les caractéristiques particulières associées aux moyens électroniques pouvaient permettre une différence de traitement entre les documents électroniques et les documents papier, il faudrait toutefois que le traitement soit exprimé en des termes technologiquement neutres.

## C. Équivalence fonctionnelle et neutralité technologique

29. Le Groupe de travail a tenu une discussion préliminaire sur la question de savoir si les principes fondamentaux existants du commerce électronique suffisaient pour faciliter l'utilisation des documents transférables électroniques ou s'il fallait en élaborer de nouveaux.

## D. Équivalence fonctionnelle de "l'unicité"

30. Concernant la pratique existante, on a indiqué que la loi japonaise sur les créances monétaires enregistrées par voie électronique (2007) visait à faciliter de nouvelles méthodes financières en introduisant les documents transférables électroniques en remplacement des billets à ordre ou lettres de change papier.

## E. Équivalence fonctionnelle de la "possession": la notion de "contrôle"

31. Il a été fait référence à la Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer, de 2008 ("Règles de Rotterdam")[7], qui définissait le "droit de contrôle" comme le droit de donner au transporteur des instructions concernant les marchandises (art. 1, par. 12). On a indiqué que dans les Règles de Rotterdam, la notion de droit de contrôle s'appliquait aux documents négociables et non négociables, ainsi qu'aux documents électroniques et aux documents papier. De plus, cette notion renvoyait

---

[7] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.09.V.09 (traité non encore entré en vigueur).

aux procédures liées à l'émission et au transfert des documents et à l'identification du porteur comme seul sujet ayant droit à l'exécution.

32. Il a été dit que la fiabilité et la confiance étaient des facteurs essentiels à prendre en considération dans les débats futurs sur le contrôle des documents transférables électroniques.

33. Il a été mentionné qu'une analyse approfondie des différents modèles et technologies d'identification de la personne exerçant le contrôle du document électronique était nécessaire pour comprendre comment la notion de contrôle pourrait être appliquée dans un environnement électronique. À cet égard, il a été souligné que le Groupe de travail ne devrait pas limiter ses travaux à un modèle précis mais adopter une approche générale englobant divers modèles et diverses combinaisons de ceux-ci.

34. Il a été dit que plusieurs difficultés naissaient de la transposition à un environnement électronique de la notion d'instrument négociable au porteur. Il a été dit par exemple qu'un registre nécessiterait une inscription telle que le nom de la personne bénéficiaire de l'instrument.

35. Par ailleurs, il a été suggéré que le Groupe de travail examine des questions que posait la conversion de documents transférables électroniques au format papier et inversement.

36. En réponse à une intervention selon laquelle la notion de contrôle était déjà présente à l'article 6-3 de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques, de 2001 ("Loi type sur les signatures électroniques")[8], il a été noté que cette disposition s'appliquait à l'identification du signataire alors que la notion de contrôle d'un document transférable électronique visait à établir un équivalent de la possession d'un instrument négociable dans l'environnement électronique.

37. Il a été mentionné que le système Bolero[9] comportant un registre électronique des connaissements n'autorisait pas l'utilisation d'instruments négociables car il reposait sur des accords contractuels. Il a aussi été noté qu'il ne prévoyait pas de mécanisme de protection des tiers, ce qui pouvait poser des difficultés lorsque ces tiers intervenaient dans des opérations internationales.

## F. Modèle du registre

38. Le Groupe de travail s'est livré à un examen du modèle du registre en tant que moyen d'assurer l'équivalence fonctionnelle des documents transférables électroniques. Il a tout d'abord été fait référence aux registres existants, tels que le système de registre international mis en place conformément à la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles de 2001 ("Convention du Cap"), le système Bolero et les systèmes de registres nationaux, puis aux travaux menés actuellement par le Groupe de travail VI sur l'inscription des sûretés réelles mobilières (voir par. 21 ci-dessus).

---

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

[9] Le système Bolero, qui relève du droit anglais, est régi par son propre régime de droit privé, le Bolero Rulebook. On en trouvera une description dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.90, par. 75 à 86.

39. Le Groupe de travail a généralement reconnu l'utilité des registres électroniques mais il a été dit que la possibilité d'adopter un tel modèle devait être envisagée avec prudence. Premièrement, il a été noté que les registres existants avaient été créés pour répondre à des besoins spécifiques; par exemple, les registres établis en application de la Convention du Cap étaient destinés aux matériels d'équipement très mobiles et de grande valeur. Deuxièmement, on a estimé que les frais d'établissement et de fonctionnement de tels registres devaient être soigneusement examinés. Troisièmement, il fallait éviter, a-t-on dit, que l'adoption du modèle du registre ne compromette le principe de neutralité technologique.

40. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu qu'il faudrait tenir compte des registres existant actuellement aux niveaux national et international mais que le modèle du registre ne devait pas être considéré comme le seul moyen d'assurer l'équivalence fonctionnelle des documents transférables électroniques. En outre, il a été souligné que la coordination avec le Groupe de travail VI était essentielle.

## G. Méthodologie possible pour les travaux futurs du Groupe de travail

41. Il a été noté que les listes de sujets qu'il était proposé d'aborder dans le cadre de travaux futurs (A/CN.9/WG.IV/WP.115, par. 69, et A/CN.9/WG.IV/WP.116, section 4) étaient un point de départ utile pour déterminer lesquels il convenait de traiter.

42. Il a été dit qu'il serait souhaitable d'examiner la responsabilité des tiers de confiance et des autres prestataires de services et donc de ne pas se limiter aux conservateurs de registres. On a répondu à cela que les tentatives antérieures de traiter les questions de responsabilité au sein du Groupe de travail avaient montré que les approches différaient d'un pays à l'autre.

43. On s'est généralement accordé à reconnaître qu'il était trop tôt pour préciser la forme des travaux à entreprendre. Il a été estimé que ces derniers pourraient prendre la forme de divers instruments. Il a également été dit que ce point pourrait être éclairci à mesure que progresseraient les travaux.

44. À cet égard, il a été dit que le Groupe de travail devrait s'attacher à élaborer des textes répondant directement aux besoins de l'environnement électronique sans remettre en cause les règles juridiques sous-jacentes. On a ajouté qu'il fallait veiller à ce que ces textes soient conformes au mandat de la CNUDCI et contribuent effectivement au développement du commerce international. Ils devaient donc traiter des questions de reconnaissance internationale des documents transférables électroniques.

45. Certaines délégations se sont dites préoccupées de ce que des travaux dans le domaine du commerce électronique pourraient ne pas être nécessaires, étant donné l'impossibilité d'identifier des difficultés particulières concernant les documents transférables électroniques. À l'inverse, d'autres délégations ont dit que de tels travaux présenteraient un intérêt pratique et économique pour les personnes qui autrement ne recourraient pas à des documents transférables électroniques. Les consultations de certains États avec leurs partenaires n'avaient révélé aucune

situation problématique ayant trait aux documents transférables électroniques et il a été suggéré qu'en l'absence d'obstacles juridiques à l'utilisation des documents transférables électroniques, le Groupe de travail envisage d'autres travaux tels que l'élaboration de règles sur les systèmes de gestion de l'identité.

46. En réponse à l'observation selon laquelle aucun obstacle juridique à l'utilisation des documents transférables électroniques n'avait été signalé, il a été noté que la mise en place d'un environnement législatif propice suscitait la confiance des utilisateurs quant au statut de ces documents et permettait donc de promouvoir leur utilisation. Il a été ajouté que, dans certains pays, les instruments négociables ne pouvaient être utilisés que s'ils étaient autorisés par des dispositions légales, et que l'absence de telles dispositions empêchait le développement d'une pratique en la matière.

47. Il a été signalé que certains exemples de législations nationales sur les documents transférables électroniques suggéraient qu'il y avait un besoin de normes et que certaines législations nationales avaient été efficaces mais que des obstacles juridiques à l'utilisation des documents transférables électroniques pourraient exister dans un contexte international, par exemple en ce qui concerne l'utilisation des connaissements électroniques, pour lesquels l'élaboration de règles harmonisées par le Groupe de travail pourrait répondre aux besoins du secteur.

48. Il a été estimé qu'une compilation de la pratique des différents pays et secteurs d'activité serait utile pour mettre en évidence les obstacles juridiques à l'utilisation des documents transférables électroniques. À ce propos, il a été dit que des exemples concrets de systèmes différents et une liste des obstacles juridiques rencontrés en particulier dans le domaine du commerce international seraient utiles au Groupe de travail.

49. D'un autre côté, il a également été proposé que le Groupe de travail examine d'abord les principes généraux du droit des documents transférables électroniques. On a expliqué qu'il pourrait ainsi étudier pleinement les conséquences des décisions qu'il prendrait ultérieurement concernant des règles plus détaillées.

50. Il a été dit en outre qu'il serait utile de définir les termes "document transférable électronique" et "document négociable électronique" pour délimiter la portée des travaux.

51. À cet égard, il a été expliqué que, dans les systèmes de *common law*, les instruments négociables étaient considérés comme un sous-ensemble de documents transférables caractérisés par le fait que la négociation de l'instrument se faisait sans référence à l'opération sous-jacente. Il a été ajouté que le porteur légitime d'un instrument négociable pouvait disposer d'un meilleur titre que l'auteur du transfert au paiement d'une somme d'argent ou à la remise de marchandises, sous réserve que d'autres conditions soient remplies.

52. Il a été dit que les documents transférables électroniques, qui étaient exclus du champ d'application des textes de la CNUDCI sur le commerce électronique, devraient faire l'objet de travaux futurs.

53. Il a été expliqué en outre que les régimes d'instruments négociables des pays de tradition civiliste étaient similaires à ceux des pays de *common law*. On a noté que ces instruments, lorsqu'ils étaient émis à ordre, circulaient par endossement et

remise et, lorsqu'ils étaient émis au porteur, par simple remise. La possession du document était donc l'élément essentiel dans sa négociation.

54. Pour ce qui est de la portée des travaux, il a été dit que la liste des documents figurant à l'article 2-2 de la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux de 2005 ("Convention sur les communications électroniques")[10], pourrait constituer un point de départ utile pour les discussions. On a rappelé que ces documents avaient été exclus du champ d'application de la Convention en raison de la difficulté de créer un équivalent électronique aux instruments papier négociables et en particulier de garantir leur unicité. On a ajouté que le point commun de ces documents était que leur transfert permettait la transmission des droits qui s'y rattachaient. Enfin, on a estimé qu'il serait bon de faire référence aux articles 9 et 10 des Règles de Rotterdam.

55. Il a été suggéré de recenser les exigences minimales communes de négociabilité et les obstacles juridiques à leur transposition dans un environnement électronique. D'un autre côté, on a dit qu'avant d'entamer la discussion sur la portée des travaux, il faudrait mettre en évidence les obstacles juridiques à l'utilisation des documents transférables électroniques et les besoins réels du secteur en la matière.

56. Il a été dit que la reconnaissance internationale était un objectif implicite dans toutes les questions liées aux documents transférables électroniques. On a aussi évoqué la possibilité de préciser la relation entre d'une part les documents transférables électroniques et d'autre part l'argent et les paiements électroniques.

57. Le Groupe de travail a engagé une discussion sur la création de documents transférables électroniques. Il a été précisé que le but n'était pas ici d'examiner comment étaient créés les droits représentés par un document transférable électronique, cette question étant régie par le droit matériel, mais d'étudier la création d'une forme de document transférable électronique assurant l'équivalence fonctionnelle avec un document papier transférable.

58. Il a été généralement convenu que les textes de la CNUDCI sur le commerce électronique fournissaient déjà des principes permettant d'assurer l'équivalence fonctionnelle pour l'"écrit" et la "signature", et pouvant servir à la création de documents transférables électroniques à condition de les préciser en tenant compte des besoins réels.

59. Il a été suggéré de traiter également la question de la partie fondée à émettre ou à demander l'émission d'un document transférable électronique, en particulier dans le contexte du modèle du registre. À cet égard, on a fait référence à l'article 35 des Règles de Rotterdam et aux dispositions pertinentes de la loi coréenne sur l'émission d'un connaissement électronique (A/CN.9/692, par. 30 à 32).

60. Il a été expliqué que dans le contexte des documents transférables électroniques une signature pouvait remplir au moins deux fonctions: premièrement, identifier la partie et établir un lien entre celle-ci et le contenu du document, et deuxièmement, préserver l'intégrité du contenu du document, si la technologie le permettait. Il a cependant été ajouté que la deuxième fonction pouvait être remplie

---

[10] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.07.V.2 (instrument non encore en vigueur).

autrement: par exemple, dans un système de registre, l'intégrité du document pouvait être assurée par le registre lui-même.

61. Le Groupe de travail a ensuite examiné les questions du transfert et de l'exercice des droits incorporés dans les documents transférables électroniques. Il a été dit que ces deux questions étaient étroitement liées.

62. On a expliqué que différents modèles pouvaient être utilisés pour le transfert de ces documents et des droits qui s'y rattachaient, tels que le modèle du registre et le modèle du support. Il a été dit également qu'il pouvait exister d'importantes différences entre les caractéristiques techniques de ces modèles, par exemple pour ce qui est du type de signature électronique et du niveau de sécurité correspondant.

63. On a indiqué qu'une caractéristique distinctive des instruments négociables et documents titres était la protection contre les actions de tiers. On a ajouté qu'un tel résultat ne pouvait être obtenu que par des dispositions légales, les contrats étant sans effet sur les tiers. Il a été ajouté en outre que dans certains États, l'émission de ces instruments et documents était soumise à l'existence d'une disposition légale explicite.

64. Il a été souligné que, la remise étant nécessaire pour transférer la possession d'instruments négociables et de documents titres avec les droits qui s'y rattachaient, la définition d'un équivalent fonctionnel de la notion de possession permettrait le transfert effectif des documents transférables électroniques et des droits qu'ils représentaient.

65. Il a été noté que les mécanismes envisageables pour le transfert de documents transférables électroniques étaient sensiblement différents de ceux des documents transférables papier. Il a donc été dit que les normes juridiques devraient permettre l'utilisation de documents transférables électroniques en définissant les conditions générales de l'équivalent fonctionnel de la possession, qui seraient mises en œuvre par la technologie. On a aussi expliqué qu'une fois obtenu l'équivalent fonctionnel de la possession, des effets tels que la négociabilité découleraient du droit substantiel applicable aux documents transférables électroniques et papier.

66. S'agissant de l'unicité, il a été dit que l'équivalent fonctionnel de la possession devrait identifier le seul porteur ayant droit à l'exécution et empêcher toutes les autres personnes de revendiquer celle-ci.

67. Il a par ailleurs été dit que les exigences concernant la présentation du document transférable électronique méritaient d'être examinées soigneusement puisque cette présentation pourrait nécessiter une coopération supplémentaire de la part du destinataire.

68. On a expliqué que l'identification fiable du porteur importait non seulement pour permettre l'exercice du droit de contrôle mais aussi pour vérifier la validité des transferts successifs du document.

69. S'agissant de l'identification du porteur, on a expliqué qu'il existait deux approches, une où le droit laissait les parties entièrement libres de convenir du niveau d'identification approprié, et une où le droit énumérait des conditions concernant le niveau d'identification nécessaire. Il a été proposé d'explorer la seconde approche en gardant à l'esprit le principe de neutralité technologique. À cet

égard, on a dit que les dispositions pertinentes de la Loi type sur les signatures électroniques pourraient servir de base à l'élaboration de textes futurs.

70. Dans le même ordre d'idées, on a indiqué que l'article 8-3 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique de 1996 ("Loi type sur le commerce électronique")[11] pourrait être une source d'inspiration pour des normes sur le caractère original et l'intégrité du document transférable électronique.

71. Le Groupe de travail a engagé une discussion sur les registres de documents transférables électroniques. Il a été expliqué que dans certains cas, la loi exigeait la création d'un registre pouvant être tenu par des entités publiques ou privées, alors que dans d'autres cas, des registres privés étaient créés, dans le respect des prescriptions légales générales et sous la supervision des autorités publiques, pour répondre à la demande des secteurs d'activité concernés.

72. Il a été demandé si les registres de documents transférables électroniques fonctionneraient au niveau national ou international. On a fait observer que des registres internationaux nécessiteraient des mécanismes supplémentaires pour garantir la transparence et la neutralité de leur fonctionnement, et qu'il faudrait assurer la coordination et l'interopérabilité des registres nationaux et internationaux pour préserver la sécurité juridique.

73. Il a également été demandé si des registres seraient créés pour chacun des différents types de documents transférables électroniques ou s'ils engloberaient plusieurs types de documents. À cet égard, il a été noté que les registres destinés à un type de document ou secteur d'activité précis ne posaient pas de difficulté particulière au niveau de l'information des utilisateurs, puisqu'ils reposaient sur la participation de l'utilisateur ou étaient particulièrement importants pour le secteur concerné. D'un autre côté, des registres destinés à un plus large éventail de documents transférables électroniques pourraient exiger des mesures supplémentaires d'information des utilisateurs.

74. Il a été indiqué que la conception et le fonctionnement des registres dépendraient de plusieurs éléments, notamment le type de document transférable électronique, la technologie adoptée pour le registre et la demande des secteurs concernés et du marché. Il a été demandé si un système de registre adoptant une technologie donnée pourrait traiter tous les types de documents transférables électroniques et fonctionner dans des pays où les technologies de l'information et de la communication disponibles étaient à des niveaux divers.

75. Au vu de ce qui précède, il a été suggéré que le Groupe de travail s'attache à définir les conditions de la création de registres et les modalités possibles du transfert de documents transférables électroniques dans de tels registres.

76. Les travaux du Groupe de travail VI (Sûretés) concernant l'élaboration d'un texte sur l'inscription des sûretés réelles mobilières ont été présentés. On a d'abord rappelé que des efforts avaient déjà été faits pour que le Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties (Guide sur les opérations garanties)[12] soit conforme aux principes fondamentaux des textes de la CNUDCI relatifs au

---

[11] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.4.

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

commerce électronique. Les recommandations 11 et 12 du Guide sur les opérations garanties étaient le fruit de cette coordination.

77. On a également expliqué que les travaux actuels visaient à fournir des lignes directrices pour la création et le fonctionnement d'un registre des sûretés sur la base du Guide sur les opérations garanties et de son chapitre IV en particulier. Comme le registre envisagé était, dans la mesure du possible, un registre électronique, le Groupe de travail VI avait tenu à sa dix-huitième session une discussion visant à assurer la cohérence avec les principes fondamentaux des textes de la CNUDCI sur le commerce électronique (A/CN.9/714, par. 34 à 47).

78. Il a été noté qu'un registre des sûretés tel qu'envisagé par le Guide de la CNUDCI sur les opérations garanties différait d'un registre de la propriété sur plusieurs points. Premièrement, le registre des sûretés se fondait sur l'inscription d'un avis et non d'un document. Deuxièmement, le but de l'inscription n'était pas de constituer une sûreté mais de la rendre opposable aux tiers. L'avis n'était donc qu'un point de référence informant les tiers de l'existence possible d'une sûreté. Troisièmement, le registre des sûretés était fondé sur le constituant et non sur les biens. Enfin, aucune autorisation formelle n'était requise dans le processus d'inscription de l'avis. Compte tenu de ces distinctions, il a été généralement convenu qu'un registre des sûretés différait considérablement d'un registre de la propriété.

79. On a également noté que le Guide sur les opérations garanties et le texte en préparation comportaient des sections sur la coordination des registres, notamment une coordination éventuelle entre le registre de la propriété et le registre des sûretés, qui pourraient être utiles aux futurs débats du Groupe de travail IV.

80. Le Groupe de travail a examiné dans quelle mesure l'émetteur devrait rester impliqué dans le transfert ou la négociation d'un document transférable électronique. On a expliqué que l'émission d'un document transférable électronique supposait un accord sur la technologie à utiliser entre l'émetteur et le premier porteur. On a insisté sur la nécessité de permettre que ce document continue de circuler ensuite sans que l'émetteur intervienne. On a également souligné que d'un point de vue technologique, l'intervention de l'émetteur pendant la durée de vie du document transférable électronique dépendait du type de technologie utilisé.

81. Le Groupe de travail a ensuite examiné l'impact de différents modes de transfert des droits contenus dans des documents transférables électroniques sur la protection des tiers de bonne foi. À cet égard, on a dit que la protection des tiers découlait du droit substantiel. Il a été souligné que les documents transférables électroniques et les documents transférables papier devraient assurer aux tiers le même niveau de protection.

82. Cependant, il a aussi été dit que le niveau de protection offert aux tiers pouvait varier d'un système de documents transférables électroniques à l'autre. Il a été ajouté en particulier qu'il existait plusieurs exemples de systèmes fondés sur le modèle du registre offrant une protection suffisante aux tiers mais que le Groupe de travail disposait à ce jour de moins d'informations sur les systèmes adoptant le modèle du support. Il a également été dit que, même si certains systèmes pouvaient dans la pratique apporter moins de protection aux tiers, il était souhaitable de disposer d'une certaine souplesse pour élaborer des solutions répondant aux besoins réels des secteurs d'activité concernés.

83. Il a été généralement admis que les questions de responsabilité des tiers intervenant dans le transfert ou la conservation des documents transférables électroniques, ou dans l'identification des parties à ces documents, étaient pertinentes et devaient donc faire l'objet de délibérations futures. Cependant, il a aussi été dit que ces questions ne se limitaient pas aux documents transférables électroniques.

84. Le Groupe de travail a ensuite examiné la question de la conversion d'un document transférable électronique en document transférable papier et inversement. On a souligné l'importance de cette question pour l'acceptation des documents transférables électroniques dans la pratique commerciale, compte tenu de la différence de niveau de développement technologique existant entre pays et entre opérateurs commerciaux.

85. On a mentionné la loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information du Québec (province du Canada) (L.R.Q., chapitre C-1.1) comme une référence utile pour les travaux futurs dans ce domaine. Il a été expliqué que cette loi définissait la notion de document en termes technologiquement neutres, ce qui permettait de passer à tout moment du support papier au support électronique sans compromettre la valeur juridique des informations consignées dans le document, à condition que la procédure de conversion soit documentée pour garantir l'intégrité de ces informations (art. 17). Il a été ajouté que l'article 17-5 de la Loi type sur le commerce électronique pourrait aussi fournir des orientations utiles sur la conversion des documents.

86. Il a été dit qu'aux États-Unis d'Amérique, dans certains systèmes, pour convertir un document transférable papier au format électronique, il fallait le présenter à l'émetteur et que pour convertir un document transférable électronique au format papier il fallait renoncer à son contrôle. Le document résultant de la conversion devait en outre mentionner qu'il y avait eu remplacement. Il a été expliqué que cette procédure, semblable au mécanisme prévu à l'article 10 des Règles de Rotterdam, visait à garantir que seul un document transférable reste en circulation. On a également mentionné, le *Check Clearing for the 21st Century Act* (loi sur la compensation des chèques pour le XXI$^{e}$ siècle), qui autorisait la création d'une version électronique d'un chèque papier.

87. On a décrit des dispositions similaires de la législation de la République de Corée qui, pour la conversion d'un connaissement électronique, exigeait que tout endossement antérieur soit annoté au verso du connaissement papier (voir également A/CN.9/692, par. 37). À cet égard, il a été demandé si la conversion du document nécessiterait un accord entre l'émetteur et le porteur ou si la demande d'une partie suffirait, du moins dans certaines circonstances.

88. On a fait état de différentes pratiques concernant la conversion des documents non transférables électroniques et sur papier. Il a été expliqué qu'en Italie la conversion d'un document papier en document électronique devait être certifiée par un tiers de confiance (un notaire ou l'administration publique) pour que le document reste juridiquement valable, tandis qu'au Paraguay, les documents électroniques restaient valables s'ils étaient imprimés sur papier avec un numéro d'identification et un code à barres. D'autres pays ont signalé que la destruction des documents papier convertis rencontrait des résistances.

# V. Travaux d'autres organisations internationales sur les questions juridiques liées à l'utilisation des documents transférables électroniques

89. Le Groupe de travail a ensuite examiné les travaux d'autres organisations sur les questions juridiques liées au commerce électronique et, en particulier, le projet de recommandation 37 sur l'interopérabilité des preuves numériques signées, du Centre des Nations Unies pour la facilitation du commerce et les transactions électroniques (CEFACT-ONU) (le "projet de recommandation"). Il a été dit que certains États et le secrétariat de la CNUDCI avaient répondu à l'invitation à soumettre des commentaires sur le projet de recommandation à son équipe de projet dans le cadre du processus d'élaboration ouvert.

90. Les préoccupations suivantes ont été exprimées concernant le projet de recommandation. Premièrement, l'approche générale adoptée dans ce projet semblait aller à l'encontre des principes fondamentaux des textes de la CNUDCI sur le commerce électronique, en particulier le principe de la neutralité technologique, en privilégiant un type particulier de signature électronique. Deuxièmement, le projet de recommandation ne semblait pas permettre aux parties de retenir la technique convenant le mieux à leurs besoins. Enfin, certains termes utilisés dans le projet, tels que "preuves", avaient des incidences juridiques, même si la note figurant dans le texte disait le contraire.

91. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a salué les travaux fournis par le CEFACT-ONU pour faciliter le commerce et harmoniser les pratiques commerciales. Il a noté avec satisfaction, compte tenu de la nature complémentaire des travaux effectués par les deux organisations, que le Centre lui avait transmis ce projet pour commentaire. Il s'est par ailleurs réjoui à l'idée de coopérer à l'avenir avec le CEFACT-ONU, qui participerait notamment aux délibérations futures du Groupe de travail, en particulier pour préciser le texte et les principes qui sous-tendent le projet de recommandation. Il a été convenu d'examiner le projet de recommandation plus en détail lors de prochaines sessions.

# VI. Questions diverses

## A. Assistance technique et coopération

92. Dans le cadre de la stratégie de coopération technique approuvée par la Commission à sa quarante-quatrième session (A/66/17, par. 254, 255 et 257), le Groupe de travail a été informé des activités de coopération technique menées dans le domaine du commerce électronique. On lui a décrit en particulier les initiatives prises au niveau régional pour promouvoir l'adoption des textes de la CNUDCI sur le commerce électronique, ainsi que les textes législatifs adoptés en conséquence. On a souligné qu'il était souhaitable d'encourager une plus large adoption formelle de la Convention sur les communications électroniques. Le Groupe de travail a noté avec satisfaction les travaux effectués par le Secrétariat dans le domaine de la coopération technique et souligné l'importance de ces travaux dans le cadre du mandat de la CNUDCI.

## B. Réunions futures

93. Le Groupe de travail a évoqué, à titre préliminaire, ses travaux futurs. Il a été généralement convenu qu'il serait utile, pour sa prochaine session, de disposer de documents de travail traitant des différentes questions qui avaient été abordées à la session en cours et regroupant des informations sur la législation pertinente des différents pays et les pratiques actuelles des différents secteurs.

94. Dans ce contexte, il a été reconnu que les dates prévues pour la prochaine session du Groupe de travail (13-17 février 2012 à New York, ou 9-13 janvier 2012 à Vienne) ne laisseraient peut-être pas le temps aux États Membres de tenir des consultations avec les secteurs concernés, ni au Secrétariat de réunir les informations nécessaires pour élaborer les documents de travail requis.

95. Le Secrétariat a d'abord été prié d'examiner s'il serait possible de trouver d'autres dates pour la prochaine session, par exemple plus tard au printemps 2012, afin de laisser plus de temps à la préparation. En outre, il a été suggéré que, tout en conservant la possibilité de tenir la session suivante au printemps 2012, différentes formes de consultations, notamment des réunions d'experts, des vidéoconférences ou des ateliers régionaux, soient envisagées pour aider le Secrétariat à élaborer les documents de travail et favoriser la communication entre les États Membres et le Groupe de travail. Par ailleurs, les États Membres ont été invités à fournir le plus rapidement possible des informations pertinentes au Secrétariat pour l'aider à élaborer ces documents. Dans ces circonstances, ce dernier a été prié d'envisager également de convoquer la prochaine session à l'automne 2012, sous réserve de l'approbation de la Commission, en fonction de l'évolution de la préparation de cette réunion.

## B. Note du Secrétariat sur les questions juridiques liées à l'utilisation des documents transférables électroniques, soumise au Groupe de travail IV (Commerce électronique) à sa quarante-cinquième session (A/CN.9/WG.IV/WP.115)

**[Original: anglais]**

**TABLE DES MATIÈRES**


| | | *Paragraphes* |
|---|---|---|
| | Introduction | 1-2 |
| I. | Objet: les documents transférables électroniques | 3-5 |
| II. | Problèmes juridiques posés par les documents transférables électroniques | 6-29 |
| | A. Écrit et signature | 9-11 |
| | B. Unicité et garantie de singularité | 12-18 |
| | C. Possession matérielle | 19-21 |
| | D. Transfert des droits par livraison | 22-23 |
| | E. Identification et authentification du porteur | 24-26 |
| | F. Autres questions | 27-29 |
| III. | Équivalence fonctionnelle et neutralité technologique | 30-35 |
| IV. | Équivalence fonctionnelle pour l'"unicité" | 36-42 |
| | A. Unicité technique | 37-39 |
| | B. Désignation d'un exemplaire qui fait foi | 40-42 |
| V. | Équivalence fonctionnelle de la possession: la notion de "contrôle" | 43-51 |
| | A. Identification de la personne exerçant le "contrôle" | 45-48 |
| | B. Adoption de l'approche du "contrôle" | 49-51 |
| VI. | Modèle du registre | 52-63 |
| | A. Exemples de lois existantes utilisant des registres | 58-60 |
| | B. Exemples de systèmes de registre existants | 61-63 |
| VII. | Méthodologie possible pour les travaux futurs du Groupe de travail | 64-69 |


# Introduction

1. À sa quarante-quatrième session en 2011, la Commission est convenue de convoquer le Groupe de travail IV (Commerce électronique) pour entreprendre des

travaux dans le domaine des documents transférables électroniques[1]. En particulier, il a été rappelé à cette session que ces travaux seraient utiles non seulement pour promouvoir d'une manière générale les communications électroniques dans le commerce international, mais aussi pour répondre à certaines questions telles que l'assistance fournie aux fins de l'application de la Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer, 2008 ("Règles de Rotterdam")[2]. De même, on a noté que d'autres secteurs de transport, tels que l'aviation, pourraient directement tirer parti de la formulation de normes juridiques uniformes dans ce domaine. On a également noté que les travaux sur les documents transférables électroniques pouvaient inclure certains aspects des autres sujets mentionnés dans les documents A/CN.9/728 et A/CN.9/728/Add.1.

2. Pour aider le Groupe de travail dans ses travaux, la présente note fournira un aperçu général et un résumé des principales questions juridiques liées à la création, à l'utilisation et au transfert de documents transférables électroniques. Elle mettra l'accent sur les questions découlant de l'utilisation de ces documents non sous forme traditionnelle papier mais sous forme électronique. Elle ne traitera pas de questions juridiques de fond pouvant s'appliquer quel que soit le moyen utilisé, notamment des exigences de formulation ou des droits du porteur de ce type de document.

# I. Objet: les documents transférables électroniques

3. Dans la présente note, l'expression "document transférable électronique" renvoie d'une manière générale à l'équivalent électronique d'un instrument transférable (négociable ou non négociable) ou d'un document titre:

a) Les instruments transférables sont des instruments financiers qui peuvent contenir un engagement inconditionnel de payer une somme déterminée au porteur de l'instrument ou ordonner à un tiers de payer le porteur. Il s'agit par exemple de billets à ordre, de lettres de change, de chèques et de certificats de dépôt. Il peut s'agir aussi d'actes mobiliers ("chattel paper") (par exemple, un contrat de vente à tempérament, un billet à ordre garanti par une sûreté sur des biens meubles et un crédit-bail mobilier);

b) Les documents titres sont des documents qui, dans le cours normal des affaires ou d'un financement, sont considérés comme prouvant dûment que la personne en leur possession est autorisée à recevoir, à détenir et à disposer du document et des biens meubles corporels qui y sont indiqués (sous réserve des exceptions pouvant être opposées à la personne faisant valoir le document). Il s'agit par exemple de certains documents de transport, des connaissements, des récépissés de quai, des récépissés d'entrepôt ou des bons de livraison.

4. Chacune de ces catégories de document constate l'obligation dont l'émetteur est redevable envers la personne désignée sur le document ou le porteur. Ainsi, un billet à ordre est un instrument transférable qui constate une obligation de paiement

---

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 17* (A/66/17), par. 250.

[2] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.09.V.9 (traité non encore entré en vigueur).

d'une dette. Un récépissé d'entrepôt négociable est un document titre qui représente l'obligation de l'exploitant d'entrepôt de remettre les marchandises conservées dans l'entrepôt au propriétaire du récépissé. Ces documents peuvent circuler indépendamment de l'opération sous-jacente.

5. De nos jours, instruments transférables et documents titres coexistent généralement sous forme papier. Pour faire la distinction entre un document transférable électronique et son équivalent papier, l'expression générale "document papier transférable" est utilisée dans la présente note pour désigner les instruments transférables et les documents titres sous forme traditionnelle papier.

# II. Problèmes juridiques posés par les documents transférables électroniques

6. Le document papier transférable opère une "réification" de la valeur ou de l'obligation qu'il représente, c'est-à-dire que l'obligation de payer une somme d'argent ou de livrer des marchandises est consignée dans le document écrit, et le possesseur légitime du document (à savoir le porteur) a le droit d'en assurer l'exécution et d'en tirer parti. Le document écrit lui-même est tangible, par contre sa valeur réside non pas dans ses caractéristiques physiques mais dans les droits qui y sont consignés. Aussi la possession d'un document transférable est-elle généralement nécessaire pour l'exécution des droits.

7. Le document papier transférable étant considéré comme le seul document qui consigne ces droits, le mécanisme que l'on utilise pour transférer les droits dans les documents papier transférables est la remise physique au bénéficiaire du transfert du document lui-même, généralement accompagnée d'une déclaration signée (qu'elle soit écrite sur le document ou qu'elle y soit jointe) de l'auteur du transfert attestant la volonté de ce dernier de transférer le document. En règle générale, cette démarche prouve que le bénéficiaire du transfert a le droit de demander l'exécution de l'obligation sous-jacente. Autrement dit, la propriété du document papier transférable (et les droits qu'il incorpore) est transmise par endossement (s'il y a lieu) et remise du document papier original.

8. Ces caractéristiques essentielles du document papier transférable soulèvent plusieurs questions qui représentent des obstacles à la création, à l'utilisation, au transfert et à l'exécution des documents transférables électroniques, et qui doivent être traitées pour permettre la création de documents transférables électroniques équivalents. Ces questions peuvent se résumer comme suit.

## A. Écrit et signature

9. En règle générale, le document papier transférable est écrit et signé. Si, d'une manière générale, les exigences d'un écrit et d'une signature et de la force probante des communications électroniques ont été considérées par le passé comme des obstacles importants au développement du commerce électronique, elles sont désormais réglées dans les articles 5 à 10 de la Loi type de la CNUDCI sur le

commerce électronique (“Loi type sur le commerce électronique”)[3]. Les questions ayant trait à la formation des contrats dans un environnement électronique sont réglées dans les articles 11 à 15 de ladite loi[4] et celles qui concernent les signatures électroniques ont été traitées dans la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques (“Loi type sur les signatures électroniques”)[5].

10. Pour la plupart, ces questions ont également été réglées dans les articles 8, 9, 10 et 12 de la Convention des Nations Unies sur l’utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, 2005 (la “Convention sur les communications électroniques”)[6]. Toutefois, la Convention sur les communications électroniques exclut expressément les documents transférables électroniques de son champ d’application[7] en raison du fait que “les conséquences éventuelles de la reproduction non autorisée [...] de tout instrument transférable donnant au porteur ou au bénéficiaire le droit de demander la remise de marchandises ou le paiement d’une somme d’argent rendent nécessaire l’élaboration de mécanismes pour garantir l’unicité de ces instruments”, et du fait que “la nécessité de garantir leur unicité ne se limite pas à assurer simplement l’équivalence entre la forme papier et la forme électronique, ce qui est l’objectif principal de la Convention sur les communications électroniques”[8].

11. Ainsi, comme il ressort d’une étude antérieure du Secrétariat[9], ce n’est pas parce que l’on résout les problèmes de l’écrit et de la signature dans un contexte électronique que l’on résout du même coup la question de la négociabilité, qui est peut-être l’aspect le plus difficile de l’application des documents transférables électroniques dans les pratiques commerciales internationales.

## B. Unicité et garantie de singularité

12. Chaque document transférable consignant les droits qu’il représente, seul un document unique transférable doit représenter les droits qui y sont consignés, tout

---

3 Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.4. Voir Loi type sur le commerce électronique: article 5, Reconnaissance juridique des messages de données; article 6, Écrit; article 7, Signature; article 8, Original; article 9, Admissibilité et force probante d’un message de données; article 10, Conservation des messages de données.

4 Voir Loi type sur le commerce électronique: article 11, Formation et validité des contrats; article 12, Reconnaissance par les parties des messages de données; article 13, Attribution des messages de données; article 14, Accusé de réception; article 15, Moment et lieu de l’expédition et de la réception d’un message de données.

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

6 Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.07.V.2. (traité non encore entré en vigueur): article 8, Reconnaissance juridique des communications électroniques, article 9, Conditions de forme; article 10, Moment et lieu de l’expédition et de la réception de communications électroniques; article 12, Utilisation de systèmes de messagerie automatisés pour la formation des contrats.

7 Convention sur les communications électroniques, article 2, paragraphe 2.

8 Convention sur les communications électroniques, Note explicative, par. 80 et 81. Il convient de noter qu’en leur article 9, les Règles de Rotterdam prévoient les procédures d’utilisation d’une catégorie de documents transférables électroniques, à savoir les documents électroniques de transport négociables, sans toutefois en préciser tous les détails.

9 A/CN.9/WG.IV/WP.69, par. 55.

transfert ou cession de ces droits par le porteur nécessitant le transfert physique du document unique représentant physiquement ces droits.

13. Ainsi, si une personne doit recevoir le titre possessoire d'un instrument transférable ou d'un document titre par un message électronique, elle devra être assurée qu'aucun message identique n'a pu être envoyé à une autre personne par une partie précédente faisant partie de la chaîne, ce qui donnerait à d'autres personnes la possibilité de revendiquer le titre. En d'autres termes, les conséquences éventuelles de la reproduction non autorisée de tout document transférable électronique donnant au porteur ou au bénéficiaire le droit de demander la remise de marchandises ou le paiement d'une somme d'argent rendent nécessaire l'élaboration de mécanismes pour garantir l'unicité de ces instruments.

14. Le problème de la garantie de singularité naît du fait qu'un document électronique peut en général être copié d'une manière propre à créer un document identique au premier dont on ne pourra le différencier. En l'absence de mesures particulières ou de l'application généralisée de technologies encore peu utilisées de nos jours, il n'y a guère de certitude ou aucune qu'un document électronique soit unique.

15. Il importe de reconnaître que l'exigence d'unicité d'un document transférable (c'est-à-dire l'exigence de la garantie de singularité) est différente de celle qui prévoit qu'un tel document soit présenté ou conservé sous sa forme originale. La Loi type sur le commerce électronique et la Convention sur les communications électroniques conviennent de cette distinction et, pour les transposer dans un environnement électronique, elles traitent de chacune de ces exigences séparément.

16. Les exigences juridiques qui prévoient que les documents soient présentés ou conservés sous leur forme originale sont traitées par la Loi type sur le commerce électronique (art. 8) et la Convention sur les communications électroniques (art. 9, par. 4) essentiellement comme des prescriptions en matière de preuve visant à garantir l'intégrité et la disponibilité des documents. S'agissant d'une communication électronique, ces exigences sont satisfaites: 1) s'il existe une garantie fiable quant à l'intégrité de l'information, et 2) si l'information peut être présentée aux personnes appropriées. Selon cette approche, plusieurs copies de la même communication électronique peuvent être considérées comme étant sous leur forme originale.

17. La garantie de l'unicité d'un document exige qu'il soit le seul qui existe (ou bien, que toute copie soit clairement identifiable comme telle). L'article 17 de la Loi type sur le commerce électronique reconnaît la nécessité de régler la question de l'unicité dans le contexte des documents de transport électroniques, mais elle ne précise pas comment y parvenir: elle exige simplement qu'"une méthode fiable soit utilisée pour rendre uniques le message ou les messages en question". L'article 9 des Règles de Rotterdam traite aussi indirectement la question en exigeant que "l'utilisation d'un document électronique de transport négociable soit soumise à des procédures" définies par les parties et en identifiant quatre catégories de questions devant en partie régler les problèmes d'unicité. Toutefois, à l'instar de la Loi type sur le commerce électronique, les Règles de Rotterdam ne précisent pas comment ces procédures doivent être appliquées. En revanche, si les auteurs de la Convention sur les communications électroniques sont également convenus que l'unicité était une exigence majeure pour les documents transférables électroniques, ils ont

reconnu que, pour trouver une solution à ce problème, il fallait recourir à une combinaison de solutions juridiques, techniques et commerciales qui n'étaient pas encore entièrement au point ni éprouvées. Aussi la Convention sur les communications électroniques a-t-elle réglé la question en excluant les documents transférables électroniques de son champ d'application[10].

18. Par conséquent, la définition d'un mécanisme fonctionnellement équivalent pour satisfaire à l'exigence d'unicité ou de singularité des documents transférables électroniques constitue un problème majeur qu'il faut résoudre lorsque l'on élabore un régime juridique devant prendre en compte ces documents. À cet égard, il importe de noter que la fonction d'unicité ou de singularité doit donner des assurances suffisantes que seul un créancier peut revendiquer le droit à l'exécution de l'obligation consignée dans le document. On peut y parvenir en éliminant la possibilité que circulent plusieurs documents applicables consignant le même droit.

## C. Possession matérielle

19. En ce qui concerne les documents transférables, l'exigence de garantie de singularité s'accompagne de celle de possession matérielle du document papier qui représente l'obligation. C'est la possession de l'unique document consignant les droits et les obligations[11] qui est généralement exigée pour qu'une personne ait le droit de s'en prévaloir[12]. Les droits sur la livraison de marchandises représentés par des documents titres dépendent normalement de la possession matérielle d'un document papier unique (connaissement, récépissé d'entrepôt ou autre document analogue). De même, les droits au paiement d'une somme d'argent représentés par des instruments transférables dépendent aussi en règle générale de la possession matérielle d'un document papier unique (billet à ordre, lettre de change, chèque ou autre document analogue).

20. La possession est importante, non pas parce que les documents papier tangibles ont en soi de la valeur, mais parce qu'une seule personne peut être en possession d'un objet tangible à un moment donné. L'exigence relative à la possession et celle relative à la singularité protègent l'émetteur contre une responsabilité multiple pour le même instrument, aident à assurer le bénéficiaire du transfert (c'est-à-dire le porteur) qu'il a acquis un titre valable et protègent ce dernier contre le transfert frauduleux d'un duplicata.

21. Ainsi, outre le règlement de la question de l'exigence de singularité, la définition d'un mécanisme fonctionnellement équivalent pour satisfaire à l'exigence de possession d'un document transférable électronique constitue un défi majeur pour l'exécution des documents transférables électroniques. Il faut, pour ce faire, concevoir un processus par lequel un porteur qui invoque un transfert régulier d'un document transférable électronique ait l'assurance qu'il existe bien un document transférable électronique unique et qu'il existe un moyen de prendre contrôle du

---

10 Voir Convention sur les communications électroniques, art. 2, par. 2; voir également A/CN.9/571, par. 136.

11 La personne légalement en possession d'un document transférable est généralement appelée le porteur, et le porteur désigne la personne qui a le droit de se prévaloir du document.

12 Il peut toutefois exister des règles spéciales pour se prévaloir de documents transférables égarés, détruits ou volés.

document électronique fonctionnellement équivalent en droit à sa possession matérielle.

## D. Transfert des droits par livraison

22. Le transfert par livraison est la norme pour la circulation effective des documents transférables. Les instruments négociables, tels que les lettres de change et les billets à ordre, se négocient normalement par transfert de possession de l'instrument par une personne autre que l'émetteur à une autre qui en devient ainsi le porteur. Sauf en cas de négociation par un remettant, si un instrument est payable à une personne déterminée, la négociation exige un transfert de possession de l'instrument et son endossement par le transférant. Si un instrument est payable au porteur, il peut être négocié par transfert de possession uniquement. L'article 13 de la Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux de 1988[13] applique ce principe en disposant qu'un effet est transmis par endossement et remise par l'endosseur à l'endossataire; ou par simple remise de l'effet, si le dernier endossement est en blanc. On retrouve le même principe dans les articles 11 et 16 de l'annexe I de la Convention portant loi uniforme sur les lettres de change et billets à ordre de 1930[14].

23. Comme noté ci-dessus aux paragraphes 9 à 11, ce n'est pas parce qu'elles règlent les problèmes de l'écrit et de la signature dans un contexte électronique et facilitent le recours à divers procédés par lesquels un document transférable électronique pourrait être signé pour endossement que les lois existantes sur le commerce électronique règlent du même coup la question de la livraison requise pour un transfert de la valeur intrinsèque d'un document transférable électronique.

## E. Identification et authentification du porteur

24. Un autre problème important qui se pose, lorsque l'on entreprend d'adapter les régimes juridiques régissant les documents transférables sur papier pour tenir compte des besoins liés aux documents transférables électroniques, est de pouvoir identifier et authentifier la personne censée posséder (ou, dans un environnement électronique, contrôler) le document qui représente l'obligation (à savoir le porteur) et donc être le créancier ou le bénéficiaire de la valeur qu'il représente. Ceci vient de toute évidence s'ajouter à la nécessité d'identifier et d'authentifier de manière fiable les autres parties au document transférable électronique, l'émetteur original et l'auteur du transfert par exemple.

25. Selon l'article 7 de la Loi type sur le commerce électronique, l'article 6 de la Loi type sur les signatures électroniques et l'article 9, paragraphe 3, de la Convention sur les communications électroniques, pour établir la fiabilité d'une signature électronique, il faut identifier l'émetteur qui signe le document transférable électronique original et l'auteur du transfert qui l'endosse pour le transférer à une autre partie. Toutefois, ces dispositions exigent simplement

---

[13] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.95.V.16 (traité non encore entré en vigueur).

[14] Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. CXLIII, p. 259, n° 3313 (1933-1934).

l'utilisation d'une méthode pour identifier le signataire, en laissant aux parties le soin de déterminer comment y parvenir.

26. Pour ce qui est du porteur, toutefois, le problème de l'identification se pose différemment. Bien qu'il soit la personne habilitée à se prévaloir du document transférable électronique, l'identité du porteur peut ne pas être consignée dans le document transférable lui-même, et le porteur peut changer de temps en temps à mesure que le document est transféré d'une personne à une autre. Aussi un mécanisme doit-il être mis en place pour identifier la personne qui, à un moment donné, est considérée comme étant le porteur. Dans un environnement papier, la personne en possession d'un document transférable unique peut être présumée en être le porteur. En revanche, dans un environnement électronique, où il est peut-être nécessaire de remplacer le concept de possession par un équivalent fonctionnel comme le contrôle (voir par. 43 à 51 ci-après), un mécanisme doit être mis en place pour établir l'identité de cette personne.

### F. Autres questions

27. Un élément critique de l'acceptation et de la diffusion des documents transférables électroniques est leur acceptation par des tiers qui, elle, dépend du niveau de confiance dans les processus sous-jacents, ainsi que de la confiance dans les fournisseurs tiers de services de confiance, tels que les registres et les opérateurs de plates-formes fiduciaires.

28. D'une manière générale, les documents électroniques peuvent facilement faire l'objet d'une altération qui ne soit pas détectable. Ainsi, l'exploitabilité et la fiabilité générale d'un document transférable électronique, ainsi que son utilisation comme élément de preuve en justice, nécessitent des procédures pour assurer l'intégrité et la disponibilité continues du document et de sa signature électronique. Il faut à cet égard garantir une sécurité appropriée des données pour les documents transférables électroniques et les processus connexes pour assurer qu'elles sont exactes et complètes, et pour se prémunir contre les transferts non autorisés ou les altérations intentionnelles ou accidentelles.

29. La création d'équivalents électroniques des documents transférables sur papier soulève un certain nombre d'autres questions, notamment le respect des conditions légales en matière de conservation des documents, l'adéquation des méthodes de certification et d'authentification, la nécessité éventuelle d'une habilitation législative spécifique pour la gestion des systèmes d'enregistrement électronique, l'attribution des responsabilités en cas de messages erronés, d'interruption des communications ou de défaillances des systèmes, l'incorporation de conditions générales et la protection de la vie privée.

## III. Équivalence fonctionnelle et neutralité technologique

30. La CNUDCI s'est toujours penchée sur les problèmes que pose l'exigence d'un document papier en s'appuyant sur le principe de "l'équivalence fonctionnelle"[15]. Selon ce principe, la Loi type sur le commerce électronique, la Loi

---

[15] Voir, par exemple, Convention sur les communications électroniques, Note explicative, par. 133.

type sur les signatures électroniques et la Convention sur les communications électroniques, ainsi que les textes législatifs incorporant les principes énoncés dans ces documents, établissent des exigences visant à reproduire dans un environnement électronique les objectifs atteints par chaque exigence de forme dans l'environnement papier.

31. L'approche de l'équivalence fonctionnelle s'appuie sur une analyse des objectifs et des fonctions de l'exigence traditionnelle de documents papier afin de déterminer comment ces objectifs pourraient être atteints ou ces fonctions assurées avec les techniques électroniques[16]. Elle "ne cherche pas à définir un équivalent informatique pour un type particulier de document papier". Elle s'attache plutôt à isoler les fonctions essentielles de l'exigence principale d'un document papier afin de dégager des critères qui, s'ils sont remplis par les communications électroniques, permettent à ces dernières d'obtenir le même niveau de reconnaissance juridique que leurs équivalents papier remplissant la même fonction[17]. Ainsi, elle permet également aux États d'effectuer leurs transactions électroniques conformément à leur législation interne, "sans avoir à éliminer totalement l'exigence même de documents papier ni toucher aux concepts et principes juridiques fondant cette exigence"[18].

32. Ce principe de l'équivalence fonctionnelle va au-delà du concept de non-discrimination[19] et exige que les documents papier et les documents électroniques fassent l'objet d'un traitement égal en droit dès lors que les documents électroniques satisfont à l'exigence d'équivalence définie par la loi.

33. Pour faciliter le développement d'alternatives électroniques aux documents transférables sur papier, il est essentiel de transposer dans l'environnement électronique les exigences des documents papier relatives à l'unicité, à la possession et à la négociation par livraison. Il faudra ainsi définir des équivalents susceptibles d'atteindre les mêmes résultats que ces exigences, et ce d'une manière compatible avec le support électronique.

34. La nécessité d'établir des critères d'équivalence pour les fonctions remplies par les documents papier peut être satisfaite par l'adoption d'une norme unique générale et souple susceptible de remplir l'ensemble des fonctions du document papier dans un environnement électronique, ou des normes distinctes visant à remplir chacune de ces fonctions.

---

16 Convention sur les communications électroniques, Note explicative, par. 51.

17 Ibid.

18 Voir, par exemple, Convention sur les communications électroniques, Note explicative, par. 52.

19 Le principe de non-discrimination dispose que "la validité ou la force exécutoire d'une communication ou d'un contrat ne peuvent être contestées au seul motif que cette communication ou ce contrat est sous forme de communication électronique". Convention sur les communications électroniques, art. 8-1. Ce principe est un principe clef de la plupart des lois sur le commerce électronique. Voir, par exemple, Loi type sur le commerce électronique (art. 5), la Directive de l'Union européenne sur les signatures électroniques (art. 5-2), la loi uniforme sur les opérations électroniques (art. 7 a)) et la loi relative aux signatures électroniques dans le commerce national et international (art. 101-1 a)) aux États-Unis d'Amérique. Si le principe de non-discrimination vise à écarter la nature du support comme motif de contestation de la validité ou de la force exécutoire d'une communication, d'une signature ou d'un contrat électronique, il laisse ouverte la préoccupation que suscite la non-satisfaction par une communication électronique d'une certaine exigence de forme.

35. En abordant la question de l'exigence d'équivalence fonctionnelle, le Groupe de travail devrait garder à l'esprit le principe de "neutralité technologique" évoqué dans des textes antérieurs de la CNUDCI, notamment la Loi type sur le commerce électronique, la Loi type sur les signatures électroniques et la Convention sur les communications électroniques. Selon ce principe, la loi ne devrait pas faire de discrimination entre les différentes technologies, c'est-à-dire qu'elle ne devrait exiger ni approuver l'adoption d'une technologie donnée. L'objectif de neutralité technologique est important parce qu'il ne freine le développement d'aucune technologie ni ne favorise injustement telle ou telle technologie par rapport à une autre. En respectant rigoureusement le principe de neutralité technologique, on permettra d'utiliser au mieux tous les systèmes actuels et futurs possibles.

# IV. Équivalence fonctionnelle pour l'"unicité"

36. Les documents électroniques – portant même des signatures "qualifiées" ou "sécurisées" – ne possèdent pas intrinsèquement de caractéristique d'unicité lorsqu'ils sont utilisés avec la plupart des technologies actuelles. En effet, comme noté ci-dessus (par. 14), les documents électroniques peuvent pour la plupart être copiés sans que l'on puisse aisément distinguer la "copie" de l'"original". Pour y remédier, plusieurs autres approches visant à créer l'équivalent fonctionnel électronique d'un document papier unique ont été proposées ou mises en œuvre.

## A. Unicité technique

37. En théorie, il peut être techniquement possible de créer un document électronique réellement unique qui ne peut pas être copié (du moins sans que l'on ne puisse distinguer la copie de l'original) et qui peut être transféré. Si un jour une technologie capable d'assurer l'unicité d'un document électronique et de permettre son transfert devenait largement accessible, elle fournirait une base pour rendre un document électronique unique, c'est-à-dire capable de reproduire un document papier unique. Parmi les technologies qui pourraient permettre d'assurer cette unicité technique figurent l'identifiant d'objet numérique (DOI) et la gestion des droits numériques (DRM).

38. Toutefois, la plupart des lois existantes sur les documents transférables électroniques partent de l'hypothèse que le problème de la garantie de l'unicité du document ne saurait être résolu au niveau de la conception du document proprement dit ou, en tout cas, que le concept d'un document électronique réellement unique n'est pas une réalité et qu'une approche différente est nécessaire. De manière générale, ces lois considèrent qu'il n'est pas nécessaire qu'un document transférable électronique possède des caractéristiques intrinsèques qui le rendent réellement "unique" en ceci qu'il ne peut exister de copies identiques. Elles s'attachent plutôt à établir l'équivalence fonctionnelle de l'unicité par le biais d'exigences visant: 1) à assurer l'intégrité et la disponibilité d'un exemplaire au moins du document transférable électronique en désignant un exemplaire qui fait foi (c'est-à-dire préciser et déterminer les termes du document transférable électronique), et 2) à identifier le propriétaire ou porteur (c'est-à-dire la personne qui exerce le contrôle) du document transférable électronique.

39. En d'autres termes, il s'agit de répondre aux deux questions suivantes: 1) Quels sont les termes du document transférable électronique?, et 2) Quelle est la personne qui peut se prévaloir de la valeur/de l'obligation qu'il représente? Dans certains États, les termes du document transférable électronique sont établis par la désignation d'un exemplaire qui fait foi, et l'identité de la personne qui peut se prévaloir de la valeur/de l'obligation qu'il représente est établie au moyen de la notion de contrôle (utilisé comme équivalent fonctionnel de la possession).

## B. Désignation d'un exemplaire qui fait foi

40. La désignation d'un exemplaire qui fait foi du document transférable électronique (indépendamment du nombre d'autres exemplaires existants) peut répondre aux préoccupations concernant l'intégrité du document (c'est-à-dire déterminer sur "quoi" le porteur détient un intérêt) sans qu'il y ait nécessairement un document unique. Cette désignation peut notamment se faire comme suit:

a) Désignation reposant sur la conservation dans un système sécurisé spécifique. Une approche consiste à conserver une copie du document transférable électronique désignée comme exemplaire faisant foi dans un système informatique sécurisé conçu à cet effet et protégé par des contrôles de sécurité et d'accès appropriés. On peut par exemple envisager d'utiliser un système d'information spécialement conçu pour stocker un type particulier de documents transférables électroniques, et en conserver la trace, peut-être pour un secteur d'activité donné. L'exemplaire faisant foi du document transférable électronique reste stocké dans le système pendant toute sa durée de vie et un registre connexe permet de retrouver l'identité du porteur. Selon cette approche, l'unicité d'un document électronique est assurée par l'instauration d'un environnement sécurisé dans lequel un exemplaire du document électronique peut être conservé. Les mesures de contrôle du système assurent que l'intégrité du document reste préservée, indépendamment de l'endroit ou de la manière dont il est stocké dans le système, ou du nombre d'exemplaires qui y figurent;

b) Désignation reposant sur un contenu vérifiable ou un emplacement. Une autre approche permet que l'exemplaire spécifique qui constitue l'exemplaire qui fait foi et le système informatique dans lequel il est stocké changent avec le temps. Pour y parvenir, on utilise souvent un registre qui localise l'endroit où l'exemplaire faisant foi est stocké, et/ou conserve une empreinte digitale numérique (par exemple valeur de hachage ou signature numérique) de l'exemplaire faisant foi pour que l'on puisse facilement déterminer si l'intégrité de l'exemplaire conservé par le porteur, ou en son nom, est intacte et correspond à l'original. Cette approche, que l'on désigne parfois sous le nom de méthode du registre, permet de créer, de délivrer, de stocker et de transférer le document transférable électronique dans toute une gamme de systèmes d'information courants, certaines informations étant transmises à un registre central où elles sont enregistrées. L'exemplaire faisant foi du document transférable électronique n'est pas nécessairement stocké dans le registre, mais il est possible de vérifier l'exactitude de tout exemplaire en consultant celui-ci. C'est pourquoi, dans certains systèmes, le registre contient l'exemplaire faisant foi et mentionne l'identité de la personne qui en exerce le contrôle. Dans d'autres systèmes, il contient simplement la signature numérique de l'exemplaire faisant foi,

qui est ainsi accessible pour vérifier l'intégrité de tout exemplaire dont la personne exerçant le contrôle voudra à terme se prévaloir.

41. On peut aussi concevoir d'autres approches qui utilisent la technologie, la procédure ou l'agrément en lieu et place de l'unicité.

42. Pour terminer, on notera que si certaines lois autorisent ou exigent l'une ou plusieurs des approches évoquées ci-dessus, d'autres n'ont pas tranché la question. Par exemple, comme noté au paragraphe 17 ci-avant, ni la Loi type sur le commerce électronique ni les Règles de Rotterdam ne précisent la méthode à utiliser pour garantir cette singularité; elles laissent les parties libres d'en convenir.

# V. Équivalence fonctionnelle de la possession: la notion de "contrôle"

43. Dans la plupart des modèles juridiques régissant les documents transférables électroniques, la notion de "contrôle" d'un document électronique est utilisée en tant qu'équivalent fonctionnel de la possession. C'est-à-dire que la personne qui exerce le contrôle du document transférable électronique est considérée comme le porteur habilité à s'en prévaloir. Lorsque le contrôle d'un tel document se substitue à la possession du document papier transférable, le transfert du contrôle se substitue à la remise du document transférable électronique, tout comme le transfert de possession (et l'endossement s'il y a lieu) se substitue à la remise du document papier transférable.

44. Comme noté plus haut aux paragraphes 38 et 39, en l'absence d'unicité technique des documents électroniques, l'approche du contrôle peut aussi aider à satisfaire l'exigence de singularité du document papier transférable. En prévoyant une procédure pour désigner l'identité de la personne qui exerce le contrôle du document transférable électronique (ainsi qu'une procédure visant à déterminer sur "quoi" le porteur détient un intérêt)[20], on élimine les craintes quant à l'existence d'exemplaires multiples du document, car la propriété (c'est-à-dire le statut de porteur) n'est pas déterminée par la possession d'un exemplaire du document même, et le transfert n'implique ni modification ni endossement desdits exemplaires.

## A. Identification de la personne exerçant le "contrôle"

45. Lorsque le contrôle sert de substitut à la possession, il doit exister une méthode pour identifier la partie qui exerce actuellement le contrôle d'un document transférable électronique donné. Pour ce faire, on peut soit attester l'identité de la personne concernée dans l'exemplaire faisant foi, soit associer ce dernier à une méthode permettant de retrouver l'identité de la personne (par exemple un registre), de manière à ce qu'une personne qui consulte cet exemplaire puisse constater l'existence du contrôle et avoir accès aux preuves correspondantes.

46. Dans ce contexte, la notion de "contrôle" est en général définie d'une manière qui met l'accent sur l'identité de la personne habilitée à se prévaloir des droits incorporés dans le document transférable électronique. Par exemple, en vertu de la

---

[20] Voir les paragraphes 36 à 42 ci-avant concernant l'unicité.

loi des États-Unis, “une personne est réputée exercer le contrôle d’un document transférable [électronique] si un système utilisé pour attester le transfert de droits sur un document transférable établit de façon fiable que cette personne est celle en faveur de laquelle le document transférable a été émis ou transféré”[21]. L’essentiel est de démontrer que le système établit de façon fiable l’identité de la personne habilitée à recevoir le paiement d’une somme d’argent ou la livraison de marchandises, que ce soit à l’aide d’un registre tenu par un tiers ou de moyens de protection technologiques[22].

47. Les systèmes juridiques qui appliquent le principe du “contrôle” à la place de celui de “possession” considèrent souvent que l’exigence de contrôle peut être satisfaite en recourant à un système de registre tenu par un tiers de confiance (voir par. 58 à 60 ci-dessous). D’autres approches technologiques peuvent également permettre d’atteindre le même objectif.

48. D’une manière générale, on a proposé les principales approches suivantes pour établir l’identité de la personne en faveur de laquelle le document transférable électronique a été émis ou transféré [c’est-à-dire la personne exerçant le contrôle]:

a) Personne exerçant le contrôle identifiée dans le document transférable électronique proprement dit (modèle du support). Selon cette approche, l’identité de la personne qui exerce le contrôle du document transférable électronique (le porteur) figure dans le document électronique proprement dit, et les changements de propriété (par exemple, cessions) sont directement consignés dans le document transférable électronique. Conformément à cette approche, il faut, pour établir l’identité du titulaire du document transférable électronique, que le système exerce un contrôle minutieux du document électronique proprement dit, ainsi que du processus de transfert du contrôle. En d’autres termes, tout comme pour les documents transférables sur support papier, il peut être nécessaire de mettre en place des garanties d’ordre technologique ou sécuritaire pour faire en sorte qu’il n’existe qu’“un seul exemplaire faisant foi”, qui ne peut être ni copié ni modifié[23] et auquel on peut se référer pour déterminer l’identité du titulaire (ainsi que les termes du document transférable électronique proprement dit);

b) Personne exerçant le contrôle identifiée dans un registre distinct (modèle du registre). Selon cette approche, l’identité du titulaire du document transférable électronique est consignée dans un registre distinct tenu par un tiers indépendant. Dans ce cas, il faut pour “établir de façon fiable” l’identité du titulaire du document transférable électronique exercer un contrôle minutieux du registre, l’unicité de l’exemplaire du document transférable électronique proprement dit devenant alors moins importante, voire n’étant plus déterminante, aussi longtemps qu’il existe un moyen de vérifier l’intégrité du document. Le document transférable électronique ne fait que mentionner le registre où l’on peut trouver l’identité de la personne exerçant le contrôle, qui ne change pas au fil du temps, ni en cas de cession. S’agissant des exemplaires du document transférable électronique, la principale préoccupation est de pouvoir disposer d’un mécanisme permettant de déterminer si un exemplaire

---

21 Loi uniforme sur les opérations électroniques (UETA), par. 16 b); 15 U.S.C., par. 7021 b).

22 UETA, art. 16, commentaire officiel n° 3.

23 Cela peut se faire au moyen de la technologie utilisée pour créer le document (qui n’existe peut-être pas encore) ou en conservant le document dans des conditions de sécurité telles que personne ne puisse y accéder pour le copier ou le modifier.

donné est exact (à savoir si son intégrité est intacte), de sorte que toute personne consultant l'exemplaire puisse savoir où le titulaire est identifié, et de sorte également que le véritable titulaire identifié dans le registre puisse se prévaloir dudit exemplaire. Dans ce type de système, la notion de contrôle associée à des préoccupations de sécurité privilégie essentiellement le registre de préférence au document transférable proprement dit;

c) Personne exerçant le contrôle définie en tant que personne disposant d'un accès exclusif. Lorsque l'exemplaire faisant foi du document transférable électronique est stocké dans un système informatique sécurisé conçu à cet effet et protégé par des contrôles de sécurité et d'accès appropriés, il peut aussi être possible de définir la personne qui exerce le contrôle (c'est-à-dire le porteur) comme l'unique personne ayant accès au document transférable électronique en question. En pareil cas, le transfert du contrôle exige le transfert du moyen d'accès sécurisé exclusif, un support d'accès unique par exemple.

## B. Adoption de l'approche du "contrôle"

49. Parmi les dispositions législatives existantes sur les documents transférables électroniques qui font référence à la notion de "contrôle" figurent les paragraphes 21 et 22 de l'article premier et les articles 50 et 51 des Règles de Rotterdam; l'article 862 du Code de commerce coréen révisé, adopté le 3 août 2007 (loi n° 9746) (relatif aux connaissements électroniques)[24]; et la règle 7 des Règles du Comité maritime international (CMI) relatives aux connaissements électroniques[25].

50. Plusieurs lois américaines relatives aux documents transférables électroniques utilisent également les notions "d'exemplaire faisant foi" et de "contrôle" pour établir les conditions d'équivalence avec les notions d'"unicité" et de "possession". Il s'agit notamment des articles 7-106 (Contrôle du titre représentatif électronique), 7-501 b) (Récépissé d'entrepôt et connaissement: négociation et transfert) et 9-105 (Contrôle des actes mobiliers électroniques) du Code de commerce uniforme (UCC), ainsi que de l'article 16 (Enregistrements transférables) de la loi uniforme sur les opérations électroniques de 1999 (UETA) et de l'article 201 (Enregistrements transférables) de la loi relative aux signatures électroniques dans le commerce national et international de 2000.

51. Des systèmes qui permettent de transférer des droits sur les marchandises et contre le transporteur, pendant que les marchandises sont en transit, sont également apparus ces dernières années. Dans ces systèmes, la possession d'un document papier est remplacée par le "contrôle exclusif" d'un document électronique. On citera notamment les trois exemples suivants: le système Bolero qui comporte un registre électronique des connaissements, la plate-forme d'échange de documents électroniques ESS-Databridge et le système de registre coréen KTNET. Les systèmes Bolero[26] et KTNET[27] assurent le contrôle exclusif par le biais d'un

---

[24] Voir par. 26 à 47 du document A/CN.9/692 concernant les dispositions de la loi coréenne autorisant les connaissements électroniques.

[25] Peuvent être consultées à l'adresse http://comitemaritime.org/Rules-for-Electronic-Bills-of-Lading/0,2728,12832,00.html.

[26] Le système Bolero a été créé conformément au droit anglais et est régi par son propre régime de

registre des titres, et le système ESS-Databridge en limitant l'accès au document électronique en question[28].

# VI. Modèle du registre

52. La méthode du registre permet de créer, de délivrer et de transférer un document transférable électronique sur la base d'informations transmises à un registre central et enregistrées dans celui-ci. L'accès au registre peut être contrôlé et subordonné à l'acceptation de dispositions contractuelles.

53. Un registre peut être utilisé pour aider à désigner l'exemplaire qui fait foi d'un document transférable électronique, approche constituant un équivalent fonctionnel de l'unicité (voir par. 40 b) ci-avant) et aussi pour identifier la personne qui exerce le contrôle d'un document transférable électronique, à titre d'équivalent fonctionnel de la possession (voir par. 47 et 48 ci-avant).

54. Le Groupe de travail VI (Sûretés) de la CNUDCI examine actuellement la question des systèmes de registre, y compris sous forme électronique, dans le cadre de ses travaux concernant l'inscription des sûretés réelles mobilières.

55. Les registres sont également une caractéristique commune de la plupart des initiatives récentes concernant les documents transférables électroniques (voir par exemple les paragraphes 58 à 63 ci-après et les paragraphes 39 à 94 du document A/CN.9/WG.IV/WP.90 de décembre 2000).

56. On peut répartir les systèmes de registre en trois catégories principales[29]:

a) Registres officiels. Un organisme d'État enregistre les transferts sous forme d'enregistrements publics et peut les authentifier ou les certifier. Pour des raisons d'ordre public, l'organisme d'État n'est généralement pas responsable en cas d'erreurs et les frais sont à la charge des utilisateurs, qui paient des droits;

b) Registres centraux. De tels registres sont créés lorsqu'un groupe commercial effectue ses opérations par le biais d'un réseau privé (tel que SWIFT), qui n'est accessible qu'à ses membres. Ce type de registre, qui a été utilisé pour les divers systèmes de règlement de titres, est privilégié lorsque la sécurité et la rapidité sont essentielles, car l'accès limité permet une vérification rapide et efficace des parties. L'accès aux enregistrements effectifs des transactions est en général limité aux utilisateurs, mais des comptes rendus des opérations peuvent être rendus publics

---

droit privé, le Bolero Rulebook. Voir les paragraphes 75 à 86 du document A/CN.9/WG.IV/WP.90 pour plus de détails sur le système Bolero.

[27] Ce système a été désigné en tant que conservateur du registre conformément au Décret présidentiel sud-coréen sur l'application des dispositions relatives aux connaissements électroniques du Code de commerce de 2008. On trouvera des précisions concernant le contenu et le fonctionnement de cette législation aux paragraphes 26 à 47 du document A/CN.9/692.

[28] Tout comme Bolero, ce système fonctionne en vertu d'un régime de droit privé, le ESS-Databridge Services and Users Agreement (DSUA). Le DSUA est régi par le droit anglais, mais lorsque le contrat de transport concerné est régi par le droit américain, le transfert de propriété en vertu du DSUA est régi par la loi de l'État de New York, y compris le Code de commerce uniforme de l'État de New York et la loi uniforme sur les opérations électroniques des États-Unis de 1999 (T&C 8.1).

[29] A/CN.9/WG.IV/WP.67, annexe.

sous forme abrégée (comme dans le cas des opérations portant sur des titres). Les règles du réseau régissent normalement les responsabilités et les coûts. En fonction du pays, elles peuvent être contractuelles ou avoir un caractère législatif;

c) Registres privés. Fondés sur des réseaux ouverts ou semi-ouverts, où l'émetteur du document, son agent (comme dans les systèmes de récépissés d'entrepôt électroniques aux États-Unis) ou un tiers de confiance (comme dans le système Bolero) administre le transfert ou la négociation. Les enregistrements sont privés et les frais peuvent être à la charge de chaque utilisateur. Les règles en matière de responsabilité suivent la pratique actuelle des opérations sur papier, en ce sens que l'administrateur est tenu de livrer à la partie voulue, sauf s'il en est dispensé du fait d'une erreur d'une autre partie, auquel cas la législation locale peut s'appliquer. De tels systèmes peuvent être fondés exclusivement ou essentiellement sur des arrangements contractuels (comme dans le système Bolero) ou découler d'une loi d'habilitation (comme dans les systèmes de récépissés d'entrepôt électroniques aux États-Unis).

57. L'expérience internationale montre que ces catégories de registre sont complémentaires et ne s'excluent pas mutuellement. De fait, différents types de transactions peuvent exiger la mise au point de différents systèmes de registre. Une approche souhaitable possible pourrait par conséquent mettre davantage l'accent sur les domaines les plus susceptibles de bénéficier d'un cadre législatif harmonisé au plan international que sur le type de système de registre utilisé.

## A. Exemples de lois existantes utilisant des registres

58. Plusieurs systèmes juridiques relatifs aux documents transférables électroniques ont adopté et adapté un modèle du registre. Dans la législation américaine, on mentionnera notamment l'article 16 de l'UETA (régissant les instruments transférables électroniques), qui prend en compte les systèmes reposant sur des registres et note, dans les commentaires officiels, qu'"un système recourant à un registre tenu par un tiers est probablement la *manière la plus efficace* de satisfaire aux conditions de contrôle, étant entendu que le document transférable [électronique] reste unique, identifiable et inaltérable et que l'on dispose des moyens voulus pour faire en sorte que le bénéficiaire soit clairement signalé et identifié"[30]. On mentionnera également l'article 9-105 de l'UCC (régissant les actes mobiliers électroniques), qui a été adopté à la demande du secteur du financement automobile, qui souhaitait encourager une plus large utilisation des actes mobiliers électroniques.

59. La Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles ("Convention du Cap")[31] utilise un système de registre international pour l'inscription de diverses garanties portant sur des matériels d'équipement mobiles. La Convention du Cap et les protocoles s'y rapportant traitent, dans un secteur industriel particulier, des mesures en cas d'inexécution par le débiteur de ses obligations et introduisent un régime de priorité fondé sur des registres internationaux portant sur des matériels d'équipement particuliers.

---

[30] UETA, art. 16, commentaire n° 3 (non en italique dans le texte).

[31] www.unidroit.org/french/conventions/mobile-equipment/mobile-equipment.pdf. Voir aussi les paragraphes 18 à 21 du document A/CN.9/692.

60. Un autre exemple récent est celui de l'article 862 du Code de commerce coréen révisé, adopté le 3 août 2007 (loi n° 9746), qui permet l'utilisation de connaissements électroniques[32]. Il établit l'équivalence juridique entre les connaissements papier et les connaissements électroniques gérés dans un registre électronique de propriété.

## B. Exemples de systèmes de registre existants

61. Parmi les exemples de systèmes de registre existants, on notera notamment le système Bolero comportant un registre électronique des connaissements et le système de registre coréen KTNET mentionnés au paragraphe 51 ci-avant. Dans ces deux systèmes, la possession d'un document papier est remplacée par le "contrôle exclusif" du document électronique, ce contrôle exclusif étant constaté dans le registre des titres.

62. Il existe d'autres exemples de systèmes de registre, y compris le registre électronique MERS aux États-Unis. MERS est un service indépendant qui a pour objet d'obtenir et de conserver des informations sur les billets à ordre électroniques émis à l'appui de prêts au logement. Ce registre électronique fait office de guichet centralisé (et unique) pour identifier i) le porteur actuel du billet à ordre électronique et ii) l'emplacement actuel de l'exemplaire faisant foi du billet à ordre[33]. Il fonctionne comme un système d'enregistrement des titulaires de droits sur des billets à ordre électroniques. Tout transfert ultérieur d'un tel billet à ordre – c'est-à-dire changements d'identité de l'entité qui possède le billet et/ou changements d'identité de l'entité qui conserve l'exemplaire faisant foi – doit également être consigné dans le registre électronique MERS.

63. Par ailleurs, les systèmes de titres dématérialisés utilisent généralement un registre[34]. Ils comprennent un registre central, où sont enregistrés les portefeuilles de titres dématérialisés (avec les droits et les restrictions qui sont attachés) qui sont détenus à tout moment par les affiliés au nom des investisseurs. Les intermédiaires sont normalement des établissements financiers, des courtiers ou d'autres entités qui peuvent devenir affiliés du dépositaire et qui ont des comptes chez lui.

---

[32] Voir par. 26 à 47 du document A/CN.9/692 concernant la loi coréenne permettant l'utilisation de connaissements électroniques.

[33] Cf. MERS eRegistry Integration Handbook Volume I (Release 2.75 – 7/31/06), Overview of the MERS eRegistry, p. 4.

[34] Voir par. 45 à 60 du document A/CN.9/WG.IV/WP.90.

# VII. Méthodologie possible pour les travaux futurs du Groupe de travail

64. Pour ce qui est de la portée de ses travaux, le Groupe de travail voudra peut-être voir si ces derniers doivent couvrir tous les types de documents transférables électroniques dans tous les secteurs, ou seulement certaines catégories (basées sur le type de documents, le secteur ou d'autres critères). L'examen permettrait aussi d'évaluer la demande réelle d'équivalents électroniques[35].

65. Si, en fonction de l'évolution de ses travaux, le Groupe de travail pourra avoir une idée précise des résultats finaux recherchés (par exemple un document d'orientation ou des dispositions uniformes), une fois qu'il en aura déterminé la portée, il pourrait être utile d'élaborer un ensemble clairement défini de principes supérieurs que l'on pourrait incorporer à tout système international applicable aux documents transférables électroniques. Ces principes devraient aussi couvrir les questions liées à l'utilisation de documents transférables électroniques à l'échelle internationale.

66. La définition et la diffusion de tels principes harmonisés devraient faciliter l'élaboration ultérieure de règles pour les procédures juridiques liées à la création, à l'utilisation, à la négociation et à l'exécution des documents transférables électroniques. Les mécanismes de transfert ou de négociation des droits, y compris ceux qui se fondent sur les flux de documents écrits, montrent une structure très similaire, quel que soit le domaine dans lequel ils opèrent et la nature et le contenu des droits en question. Ces similarités augmenteront probablement avec la diffusion et l'application des moyens électroniques dans ce domaine.

67. Par ailleurs, l'utilisation des documents transférables électroniques peut varier en fonction du secteur ou de l'application commerciale. Il se peut par exemple que, suivant l'utilisation des documents transférables électroniques, différentes considérations entrent en jeu concernant les aspects suivants: authentification, sécurité, accès par des tiers, conversion au format électronique ou au format papier, contraintes liées au coût des systèmes, montant, volume et évolutivité des opérations, mobilité, négociabilité, capacités des parties, traitement automatisé des opérations, respect des délais et caractère définitif des opérations, utilisation d'un registre unique par opposition à des registres multiples (ainsi que l'interopérabilité et les transferts entre systèmes), risques de fraude, régime de la preuve et réglementation. Pour traiter ces différents aspects, de nombreux secteurs s'appuient dans une large mesure sur des règles privées, une législation connexe réglant quant à elle des questions telles que les droits réels des tiers.

68. Ces différentes considérations mettent en exergue la nécessité de clarifier les aspects fondamentaux dans ce domaine et de rationaliser les solutions à certains problèmes particuliers. Par conséquent, le Groupe de travail pourrait élaborer des principes de base communs à tous les systèmes qui mettront en place ces documents, tout en permettant une prise en compte adéquate des besoins de chaque système. Ces principes pourraient ensuite être affinés pour des secteurs particuliers, selon les besoins.

---

[35] Voir par. 11 du document A/CN.9/728/Add.1.

69. Dans le cadre des travaux qu'il jugera appropriés, le Groupe de travail voudra peut-être examiner notamment les sujets suivants:

a) La manière dont les droits sur des documents transférables électroniques devraient être créés, transférés et exécutés pour que l'équivalence fonctionnelle avec les documents papier transférables soit assurée;

b) La question de savoir si et comment des documents transférables électroniques peuvent être convertis en documents papier transférables et inversement;

c) Les exigences permettant d'identifier et de vérifier l'identité du titulaire des droits sur un document transférable électronique ainsi que de protéger et de vérifier l'intégrité dudit document;

d) L'utilisation de registres électroniques ou d'autres fournisseurs tiers de services, en tenant compte du fait que les solutions adoptées peuvent varier en fonction du secteur ou des exigences liées à l'application;

e) La mesure dans laquelle l'émetteur de l'obligation sous-jacente devrait intervenir dans le transfert, la négociation ou la conversion d'un document transférable électronique et ses conséquences;

f) Les incidences des différents modes de transfert de droits sur un document transférable électronique sur la protection dont devrait jouir un tiers cessionnaire de bonne foi à l'égard tant de l'émetteur que d'autres tiers;

g) Les responsabilités d'entités tierces telles que les registres, les opérateurs de plates-formes de transaction, les fournisseurs d'identité, les autorités de certification et d'autres tiers participants qui interviennent dans le stockage ou le transfert d'un document transférable électronique ou l'identification de la personne exerçant le contrôle d'un tel document.

## C. Note du Secrétariat sur les aspects juridiques du commerce électronique – proposition du Gouvernement espagnol, soumise au Groupe de travail IV (Commerce électronique) à sa quarante-cinquième session (A/CN.9/WG.IV/WP.116)

**[Original: espagnol]**

Dans le cadre des préparatifs de la quarante-cinquième session du Groupe de travail IV (Commerce électronique), le Gouvernement espagnol a présenté le document ci-joint au Secrétariat.

On trouvera en annexe la traduction de cette proposition telle qu'elle a été reçue par le Secrétariat.

# Annexe

## Travaux futurs du Groupe de travail IV (Commerce électronique) sur les documents transférables électroniques

Compte tenu de la décision adoptée à la quarante-quatrième session de la Commission concernant le Groupe de travail IV (Commerce électronique), la délégation espagnole souhaite présenter ici quelques pistes de travail possibles pour faciliter la prise de décision par le Groupe dans les phases initiales de ses travaux. Le présent document de travail n'a pas pour objet, pour le moment, de formuler de propositions officielles définitives, mais tout simplement de déterminer les questions qui, de l'avis de la délégation espagnole, pourraient s'avérer pertinentes en ce qui concerne le mandat confié au Groupe de travail, à savoir d'entreprendre des travaux dans le domaine des documents transférables électroniques. Dans les paragraphes qui suivent, la délégation espagnole donne son opinion sur certains aspects des questions à l'étude.

### 1. Éléments communs dans les régimes nationaux applicables aux documents négociables ou transférables

Ayant à l'esprit l'objectif fondamental qui est d'élaborer un instrument qui permette aux États d'établir une législation relative aux documents transférables électroniques, ou les y aide, la délégation espagnole estime qu'il est essentiel de déterminer avec précision le point de départ et les principaux centres d'intérêt des travaux du Groupe. Cette démarche permettra notamment de définir le contenu et la portée de l'instrument. Il n'y a aucune raison que les principes qui devront être appliqués à cet effet soient différents – ils ne doivent d'ailleurs pas l'être – de ceux que la CNUDCI a suivis par le passé pour élaborer d'autres instruments relatifs au commerce électronique. En particulier, pour élaborer la réglementation concernant les équivalents électroniques de documents papier négociables ou transférables, il faut commencer par identifier les fonctions que le papier en tant que support, et les éléments qui découlent de son utilisation, remplissent dans le cadre du régime juridique applicable, afin de déterminer, conformément au principe de l'équivalence fonctionnelle, comment les moyens électroniques peuvent remplir les mêmes fonctions, et leur reconnaître ainsi les mêmes effets juridiques.

Les éléments susmentionnés qui dépendent d'un support matériel comme le papier concernent uniquement les aspects de forme des actes qui entourent l'émission et l'utilisation de ce type de documents. C'est pourquoi la délégation espagnole est d'avis que, comme lors de l'examen antérieur de questions relatives à ce domaine, les travaux à entreprendre et les résultats recherchés doivent se concentrer sur les aspects purement procéduraux de la question. Aussi, une analyse des éléments concernés s'impose-t-elle dans les différents régimes juridiques nationaux, car avant de tenter une harmonisation dans ce domaine, il faudra déterminer dans quelle mesure les législations internes ont déjà été harmonisées quant à certains ou à tous les aspects potentiellement pertinents.

**a) Documents négociables ou transférables**

Pour assurer une cohérence avec l'approche proposée, il faut absolument, dans un premier temps, clarifier le sens du terme "documents transférables", ce qui permettra entre autres de circonscrire la portée des travaux et le champ d'application de l'instrument à élaborer. Cette clarification n'est pas seulement nécessaire parce que ce terme peut prendre des sens différents selon les traditions juridiques, mais aussi parce que les différents types de documents négociables ont connu une évolution diverse tant dans la pratique commerciale que dans la législation, et parce que cette évolution a fini par avoir des incidences sur les questions de forme.

Dans ce contexte, la délégation espagnole estime que les travaux doivent se concentrer sur les documents transférables, considérés comme des documents déjà sur support papier et donc dépendant de ce support. Il s'agit de documents généralement émis par un particulier, les billets à ordre, les lettres de change ou titres représentatifs de marchandises. En réalité, les types de document qui entrent dans cette catégorie dépendent inévitablement de la pratique et de la législation nationale de chaque pays. Le facteur déterminant à cet égard, c'est la dépendance stricte à l'égard du support papier et la nécessité qui en découle d'éliminer les obstacles à l'usage du papier et les moyens électroniques qui poursuivent les mêmes buts et produisent les mêmes effets. Cette dépendance n'existe plus pour certains documents que les lois, initialement, qualifiaient de documents négociables ou transférables, car depuis un certain temps, les textes prévoient qu'ils peuvent être présentés comme des ensembles de données sous forme électronique, les saisies de registres par exemple. C'est très souvent le cas des titres négociables émis en masse (qui peuvent être groupés en séries ou catégories), tels que les actions, les obligations et, de manière générale, les instruments financiers. Pour des raisons qui tiennent moins à l'avènement des réseaux de communications électroniques qu'au fonctionnement de marchés secondaires organisés ou officiels, ce type de titres, autrefois également émis sur papier, peuvent être émis sous forme électronique (documents électroniques et saisies de registres) et être transférés, transmis ou négociés par voie électronique. C'est pourquoi, comme il existe déjà, dans chaque pays, des systèmes pour l'émission et la négociation par voie électronique de ce type d'instruments ou de titres, ces derniers ne devraient pas faire partie des objectifs immédiats du Groupe de travail IV.

**b) Éléments du protocole caractéristique des documents transférables**

Les documents négociables ou transférables, on le sait, se caractérisent par le fait qu'ils prévoient un mécanisme de transfert des droits autre que celui qu'offre le

régime ordinaire de cession, qui repose sur la forme spécifique dans laquelle le document est établi et sur la nature spécifique de son contenu, et partant, sur le transfert du document et selon la procédure prévues par la loi. La forme et la procédure se fondent sur le transfert de possession, ainsi que, dans certains cas, l'ajout de certaines informations au document. La conséquence logique de ce mécanisme, c'est que le titulaire du document, et des droits qui y sont rattachés, doit prouver et faire valoir son droit de propriété par la possession et la présentation d'un document officiel adéquat. De ce mécanisme, qui repose sur l'application du régime de transfert de biens meubles aux biens meubles incorporels, comme les droits personnels, découlent d'autres conséquences législatives qui ont trait au droit matériel régissant spécifiquement ce type de transfert de documents et de droits et qui, bien que reposant sur les éléments formels et physiques (la possession) propres à ce protocole, les transcendent. C'est pourquoi, dans la plupart des cas, les deux éléments essentiels du mécanisme prévus par la loi sont la nature (et la forme papier) du document transférable et sa possession.

### 2. Dispositions existantes relatives à l'émission et à l'utilisation de documents transférables électroniques

Actuellement, il existe déjà quelques exemples de dispositions qui prévoient et régissent l'émission et le transfert de documents transférables électroniques. Ces exemples, que l'on trouve tant dans quelques législations internes que dans d'autres instruments internationaux, sont peu nombreux, mais ils fournissent des modèles utiles qui devraient être pris en compte.

#### a) Unicité du document

On trouvera un premier exemple dans la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et, par extension, dans les lois nationales qui en ont incorporé les dispositions pertinentes. L'article 17, dans la deuxième partie de la Loi type, fait référence concrètement au contrat de transport et aux documents qui peuvent être émis en vertu de celui-ci pour régir les situations dans lesquelles il est possible notamment de transférer des droits en vertu du contrat de transport dans le cadre du transfert de documents. Dans ce genre de cas, où la Loi type prévoit expressément l'utilisation de documents de transport négociables, tels que les connaissements, la réglementation prévue par la Loi type repose sur la garantie d'unicité du document, afin d'assurer qu'il n'y a qu'un seul porteur et titulaire possible, tout comme avec un document papier.

#### b) Dispositions fondées sur le contrôle du document comme équivalent de la possession

On trouvera un deuxième exemple, avec une approche quelque peu différente et plus aboutie, aux États-Unis: dans la loi uniforme sur les opérations électroniques et le Code de commerce uniforme – ou plus précisément, dans les deux cas, dans les lois qui ont incorporé leurs solutions en la matière – ou dans la loi relative aux signatures électroniques dans le commerce national et international[1]. Dans les instruments internationaux, on trouve une approche parallèle dans la Convention des

---

[1] Titre 15 de l'United States Code Annotated, chap. 96, voir par. 7001 et suivants.

Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer de 2008 (les Règles de Rotterdam).

L'article 16 de la loi uniforme sur les opérations électroniques régit les conditions dans lesquelles il est possible d'émettre des documents transférables électroniques ayant les mêmes buts et les mêmes effets que des documents papier. Ses dispositions s'appliquent en particulier aux billets à ordre et aux titres représentatifs de marchandises. Quant au Code de commerce uniforme, il régit, en son article 7, les titres représentatifs de marchandises émis sous forme négociable et par voie électronique. La loi relative aux signatures électroniques dans le commerce national et international, elle, restreint son application en ce domaine particulier (cf. art. 7021) aux billets à ordre émis en relation avec un prêt garanti par un droit réel sur un bien immeuble, mais présente la même structure et la même approche que les exemples précédents. Les Règles de Rotterdam régissent, à titre accessoire et dans le cadre de l'objet principal – le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer – les documents électroniques de transport négociables.

Le schéma employé dans tous ces exemples se fonde sur l'identification d'un équivalent fonctionnel à la possession, que les textes désignent par les termes de "contrôle" ou de "contrôle exclusif" du document, à partir duquel on détermine le mécanisme ou le protocole de transfert du document électronique et des droits qui y sont incorporés. Dans ce mécanisme, le transfert du document nécessite le transfert du contrôle (ou du contrôle exclusif) sur celui-ci, et pour se prévaloir des droits incorporés dans le document, la preuve de possession, constituant une preuve de contrôle du document, est nécessaire.

Dans tous les exemples susmentionnés, le contrôle, équivalent fonctionnel de la possession, a pour caractéristique le fait qu'il remplit la même fonction et sert le même objectif, à savoir permettre d'identifier de manière fiable le titulaire du document. Les critères requis pour établir le contrôle d'un document transférable électronique (même si chacun des textes mentionnés les présente de manière différente) sont définis en relation avec la capacité de la technologie et du système employés dans les communications à remplir cette fonction de manière suffisamment fiable.

Pour comprendre ce que peut représenter le contrôle d'un document, il faut garder clairement à l'esprit que, dans des opérations engagées et exécutées par des moyens électroniques, tout échange ou transfert de biens meubles incorporels, tels que des documents transférables électroniques, repose sur l'échange d'informations entre les parties par le biais du réseau de communications électroniques. Cela implique que le contrôle se fonde uniquement sur l'échange d'informations qui, le plus souvent, se présenteront sous forme écrite. Une des nombreuses conséquences en est que le contrôle, en tant qu'indicateur fiable de propriété remplit à la fois les fonctions que, dans un environnement papier, nous associons aux informations écrites sur le document (identification du titulaire à travers des exigences formelles telles que l'endossement) et celles que nous attribuons à la possession.

Les circonstances décrites ci-avant ont bien évidemment été prises en compte par le législateur dans tous les cas que nous avons évoqués à titre d'exemple. Pour preuve, les textes susmentionnés supposent de manière relativement implicite que les parties à des opérations se prêtant à l'utilisation d'un document transférable

électronique conviendront du système et, en définitive, de la technologie à employer pour son émission et son utilisation. Dans ce contexte, un facteur essentiel pour la reconnaissance de la validité de l'émission et du transfert d'un document transférable électronique est celui de la technologie nécessaire au transfert, son degré de disponibilité sur le marché, l'architecture et le protocole ou mécanisme qui l'emportent en pratique et, comme énoncé précédemment, le degré de fiabilité qu'elle atteint dans la réalisation de la fonction indiquée, à savoir, l'identification, en toutes circonstances, du titulaire du document transférable.

Il existe déjà sur le marché des services permettant l'emploi de documents transférables électroniques de nature diverse, dont certains s'appuient sur les textes susmentionnés. Ces services sont généralement sous-traités, c'est-à-dire qu'ils sont fournis par des entités tierces, distinctes des parties qui souhaitent avoir recours à des documents transférables électroniques dans leurs opérations (qui sont donc des utilisateurs du service). En plus d'être prestataires du service, ces entités font également office de tiers de confiance, dans la mesure où la valeur du service et sa diffusion sur le marché dépendent, entre autres, de la fiabilité des systèmes qu'ils utilisent et de la réputation qu'elles réussissent à se faire sur la base de cette fiabilité. Les utilisateurs de ce type de services peuvent difficilement vérifier dans la mesure nécessaire la fiabilité de la technologie employée et les garanties prouvant que les caractéristiques de cette dernière assurent raisonnablement l'existence du document, le caractère original des informations y figurant, son authenticité et celle des signatures qu'il peut porter, l'intégrité des communications échangées dans le cadre de son utilisation et l'identité de l'émetteur du document et de son titulaire (ainsi que des autres personnes qui peuvent être mentionnées comme ayant participé, à une étape quelconque, à sa circulation). Ces entités jouent par conséquent un rôle d'intermédiaires de confiance, de tiers extérieurs aux opérations pour lesquelles il peut être fait appel à leurs services. Cet aspect doit être pris en compte par les praticiens chargés d'appliquer les dispositions correspondantes (les juges par exemple) et de décider s'il y a contrôle du document et si l'entité qui revendique un tel contrôle est bien le titulaire du document. Il doit en être ainsi uniquement si le système de communications employé garantit raisonnablement que le document transférable a les qualités requises et s'il permet d'en identifier le titulaire de manière fiable. La notion de fiabilité est donc cruciale en cette matière, comme dans d'autres domaines du droit du commerce électronique (signatures numériques, originalité du document).

### 3. Systèmes employés dans la pratique pour l'émission et le transfert de documents transférables électroniques

Tous les systèmes qui existent actuellement pour la fourniture de ce type de services (tout comme les systèmes qui les ont précédés) répondent de différentes manières aux exigences mentionnées. Il s'agit de créer des systèmes de gestion de l'information qui permettent aux utilisateurs de vérifier, grâce à la technologie et aux communications, les conditions imposées par la loi pour la reconnaissance des effets juridiques recherchés. Dans certains cas, il s'agit de systèmes conçus spécifiquement à cet effet, qui sont par conséquent disponibles sur le marché dans le but de permettre aux utilisateurs d'émettre et de négocier des documents transférables électroniques. Dans d'autres, il s'agit de systèmes qui n'ont pas été commercialisés à cette fin, mais qui peuvent être utilisés pour l'émission et le transfert de ces documents.

L'un des classements couramment utilisés pour différencier ces systèmes fait la distinction entre le modèle du registre (registry system) et le modèle du support (token system). Ce classement se fonde sur l'architecture et la structure logiques et protocolaires de chaque système. Dans un cas comme dans l'autre, il est question de systèmes de gestion de l'information qui remplissent un but concret: l'émission et le transfert de documents transférables électroniques dans des conditions satisfaisant aux exigences de la loi (dont la principale consiste à identifier de manière fiable le titulaire et le porteur du document).

Dans la catégorie du modèle du registre, on trouve des systèmes d'information avec une structure fondée sur le registre. Dans ce type de registre, qui suit la même approche que d'autres structures d'information fondées sur le registre pour la cession de titres ou de droits de propriété, le document semble indiquer l'identité du titulaire. Le transfert du document et son transfert de propriété (avec toutes les conséquences possibles) sont liés aux transactions dont les utilisateurs sont convenus dans le système, ou préalablement hors du système, mais en tout état de cause nécessitent que la personne habilitée à cet effet, c'est-à-dire le titulaire qui effectue le transfert, demande le changement de propriété dans le registre. Du point de vue juridique, ces types de systèmes peuvent satisfaire à l'exigence du contrôle, car ils utilisent une technologie suffisamment fiable qui permet d'identifier, en toutes circonstances, un titulaire unique du document (et des droits qui y sont incorporés). Ils reposent également sur la création d'espaces fermés pour les communications multilatérales centralisées, qui, pour leur part, s'appuient fermement sur des mesures de sécurité conçues pour vérifier l'identité des utilisateurs et assurer l'intégrité des communications.

Les systèmes conformes au modèle du support se fondent sur une approche qui suit, dans ses grandes lignes, celle de l'environnement papier. Elle repose aussi sur l'identification de documents originaux et uniques (tout comme les systèmes conformes au modèle du registre), qui peuvent être reconnus comme tels par le logiciel employé, et qui sont donc susceptibles d'être transmis d'un système d'information à un autre tout en conservant toutes les qualités susmentionnées. Ainsi, il est possible de reproduire dans l'environnement électronique l'approche suivie dans l'environnement papier, où pour transférer un document négociable, il faut transférer le document lui-même: dans le cas d'un document papier, sa possession; dans le cas d'un document électronique, le contrôle du document (si le système employé satisfait à l'exigence du contrôle applicable)[2].

Dans les deux cas, indépendamment de l'architecture et de la structure des systèmes, l'approche du protocole suivie par les parties pour produire des effets juridiques serait équivalente, car le transfert d'un document transférable électronique (reconnu comme original et authentique) signifie le transfert du contrôle du document. Dans les deux cas également, la détermination de l'existence du document, ses qualités et ses effets, ainsi que sa propriété et son transfert,

---

[2] Le système dit "digital objects infrastructure" s'accorde bien avec cette approche. Il repose sur la création et l'utilisation d'objets numériques, ensembles de données uniques et différenciés qui peuvent être reconnus comme tels par le biais du logiciel nécessaire, lequel fonctionne de son côté à partir d'un système de codes numériques uniques, qui s'appliquent en toutes circonstances tant aux objets numériques qu'aux registres où ces objets peuvent se retrouver. Ces codes sont assignés par les autorités chargées de les administrer (registre central et structure périphérique ou décentralisée).

reposent sur l'échange d'informations. La vérification de ces faits et qualités repose quant à elle sur l'intervention de tiers de confiance. Si ces entités peuvent intervenir de manière différente dans chaque cas, elles agissent en tant qu'intermédiaires de confiance pour vérifier la fiabilité du système et de la technologie employée, ainsi que, par extension, des informations échangées. L'instauration de la confiance est un élément clef de toute cette approche, sur les plans tant technique, commercial et du service que sur le plan juridique. Bien souvent, les mécanismes nécessaires pour instaurer cette confiance ne sont pas très différents de ceux que nous connaissons dans d'autres domaines (en particulier ceux des signatures électroniques). Ils peuvent reposer sur des structures alternatives, dans lesquelles d'autres intermédiaires de confiance, tels les entités de certification ou d'audit, voire le secteur public, peuvent s'ajouter aux prestataires du service à proprement parler, qui font office de tiers de confiance (en particulier face aux acquéreurs possibles d'un document transférable électronique).

### 4. Portée et objectifs des travaux à entreprendre

Toutes les observations et les commentaires qui précèdent ont été faits dans le dessein de contribuer à déterminer la portée et les objectifs des travaux à entreprendre par le Groupe de travail IV. La prise en compte du nombre limité de textes qui existent en la matière, l'expérience acquise dans leur interprétation et leur application, ainsi que la pratique commerciale qui s'est développée sur la base de ces textes, donnent de premières indications quant aux questions qui pourraient être abordées par une instance telle que la CNUDCI et à la forme que les travaux pourraient prendre.

De l'avis de la délégation espagnole, certains points doivent être résolus dès la première phase des travaux du Groupe de travail. Il s'agit notamment, sans que cette liste ne soit exhaustive, des points suivants:

a) Dans le cadre de l'objectif ultime et général consistant à fournir aux États les moyens ou instruments nécessaires pour approuver une législation relative aux documents transférables électroniques, il faudrait examiner la nature de l'instrument ou des instruments à mettre au point. Diverses possibilités se présentent à cet égard. Selon la délégation espagnole, une option intéressante consisterait à élaborer un texte type (une loi type ou un supplément à la Loi type sur le commerce électronique), en particulier parce qu'il n'existe pas de texte en la matière en Espagne, ni même dans une majorité d'États. Toutefois, le Groupe de travail devrait également examiner d'autres possibilités;

b) L'instrument susmentionné devrait couvrir les points suivants:

- Le type de documents auxquels il pourrait s'appliquer;
- La nature et la portée des dispositions et principes formulés dans la version définitive de l'instrument; et leur relation avec les dispositions de fond existantes qui constituent le régime des documents négociables sur papier. Comme il en est des instruments et normes adoptés précédemment dans le domaine du commerce électronique, l'option préférée de la délégation espagnole consiste à limiter la portée des travaux et de l'instrument qui pourrait être élaboré aux pures questions de procédure et de forme, afin d'assurer la cohérence avec les principes de fond de la législation nationale existante;

- Les règles qui devraient régir l'émission et le transfert de documents transférables électroniques, concernant notamment:
  - Les exigences d'une émission valide et efficace;
  - Les exigences d'un transfert valide et efficace à un nouveau détenteur ou à une nouvelle négociation;
  - Les exigences de preuve de propriété du document, c'est-à-dire la preuve de possession;
  - La question de savoir si les normes ou principes finalement définis et retenus se fondent sur un concept connu, comme le contrôle du document, ou sur un concept différent, le contenu et les éléments essentiels du concept;
  - Les exigences et normes applicables concernant l'annulation du document lors de son extinction; et
  - Les questions de procédure relatives au régime spécifique régissant les documents négociables ou transférables et l'exercice des droits qu'ils incorporent en cas de litige, ainsi que la réglementation de ces questions pour les documents émis sous forme électronique.
- Les éventuelles conséquences de l'intervention de tiers de confiance, qu'il s'agisse ou non de prestataires de services pour l'émission et l'utilisation de documents électroniques, transférables ou non, et le rôle qu'ils devraient jouer. Les questions relatives au statut des prestataires de services, des entités de certification ou de tout autre intermédiaire de confiance peuvent comporter divers aspects dont ceux qui pourraient faire l'objet des travaux du Groupe de travail IV devraient être examinés. Selon la délégation espagnole, les deux questions suivantes méritent d'être étudiées:
  - Les modèles possibles de réglementation du marché de ce type de services (par exemple ceux qui reposent sur l'instauration d'une structure de confiance publique minimale et sur un certain contrôle public), en vue d'établir des critères clairs pour l'application des normes élaborées; et
  - La responsabilité potentielle de ce type d'entités et les mesures juridiques qui peuvent être prises pour garantir une réglementation optimale et efficace d'une telle responsabilité.
- Les conditions de la reconnaissance transfrontière des documents transférables électroniques, pour tout ce qui est strictement des questions de procédure ou de forme propres aux dispositions de droit du commerce électronique.

# III. DROIT DE L'INSOLVABILITÉ

## A. Rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de sa quarantième session (Vienne, 31 octobre-4 novembre 2011) (A/CN.9/738)

**[Original: anglais]**

**TABLE DES MATIÈRES**


| | | *Paragraphes* |
|---|---|---|
| I. | Introduction | 1-3 |
| II. | Organisation de la session | 4-10 |
| III. | Délibérations et décisions | 11 |
| IV. | Interprétation et application de certains concepts de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale en rapport avec le centre des intérêts principaux | 12-37 |
| | A. Procédures pouvant être reconnues en vertu de la Loi type: article 2 | 14-19 |
| | B. Reconnaissance | 20-35 |
| | C. Groupes d'entreprises | 36-37 |
| V. | Obligations et responsabilités des administrateurs et dirigeants d'entreprises dans les procédures d'insolvabilité et mécanismes avant insolvabilité | 38-52 |
| | A. Forme que pourraient prendre les principes ou lignes directrices | 38 |
| | B. Définition des personnes auxquelles incombent les obligations | 39-41 |
| | C. Détermination du moment où les obligations prennent naissance | 42-46 |
| | D. Identification des personnes auxquelles il doit être rendu compte | 47-48 |
| | E. Détermination de la nature des obligations ou des types d'irrégularités devant être sanctionnées | 49-50 |
| | F. Détermination des voies de recours disponibles | 51 |
| | G. Questions internationales | 52 |


---

# I. Introduction

1. À sa quarante-troisième session, en 2010, la Commission était saisie d'une série de propositions de travaux futurs sur le droit de l'insolvabilité (A/CN.9/WG.V/WP.93 et Add.1 à 6 et A/CN.9/582/Add.6). Ces propositions avaient été examinées par le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa trente-huitième session (voir A/CN.9/691, par. 99 à 107) et une recommandation

concernant les sujets possibles avait été présentée à la Commission (A/CN.9/691, par. 104). Un document supplémentaire (A/CN.9/709) complétant la proposition faite par la Suisse dans le document A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.5 avait été présenté après cette session.

2. À l'issue de la discussion, la Commission avait fait sienne la recommandation du Groupe de travail V selon laquelle des travaux devraient être entamés sur trois thèmes relatifs à l'insolvabilité: a) l'interprétation et l'application de certains concepts de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale en rapport avec le centre des intérêts principaux; b) les obligations et responsabilités des administrateurs et dirigeants d'entreprises dans les procédures d'insolvabilité et mécanismes avant insolvabilité, deux thèmes actuellement importants; et c) les aspects judiciaires de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale.

3. À sa trente-neuvième session, en 2010, le Groupe de travail V a commencé à examiner ces trois thèmes en se fondant sur des notes établies par le Secrétariat (A/CN.9/WG.V/WP.95 et Add.1 et A/CN.9/WG.V/WP.96). Ses décisions et conclusions sont présentées dans le document A/CN.9/715. Il a achevé ses travaux sur le thème c) à sa trente-neuvième session et, à sa quarante-quatrième session, en 2011, la Commission a finalisé et adopté le texte intitulé "La Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale: le point de vue du juge".

# II. Organisation de la session

4. Le Groupe de travail V, qui se compose de tous les États membres de la Commission, a tenu sa quarantième session à Vienne du 31 octobre au 4 novembre 2011. Ont assisté à cette session des représentants des États membres suivants: Allemagne, Autriche, Canada, Chili, Chine, Colombie, Égypte, El Salvador, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Inde, Iran (République islamique d'), Italie, Japon, Malaisie, Mexique, Nigéria, Norvège, Ouganda, Paraguay, Philippines, Pologne, République de Corée, République tchèque, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Thaïlande, Turquie, Ukraine et Venezuela (République bolivarienne du).

5. Ont également assisté à la session des observateurs des États suivants: Belgique, Croatie, Danemark, Équateur, Guatemala, Indonésie, Iraq, Liban, Panama, Pérou, République arabe syrienne, République dominicaine, Slovaquie, Slovénie, Soudan et Suisse.

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

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

a) *Organisations du système des Nations Unies*: Banque mondiale et Fonds monétaire international (FMI);

b) *Organisations intergouvernementales invitées*: Communauté des Caraïbes (CARICOM);

c) *Organisations non gouvernementales internationales invitées*: American Bar Association (ABA), Association internationale du barreau, Association of the

Bar of the State of New York, Centre for International Legal Studies (CILS), INSOL International (INSOL), International Credit Insurance and Surety Association (ICISA), International Insolvency Institute (III), International Swaps and Derivatives Association (ISDA), International Women's Insolvency and Restructuring Confederation (IWIRC), Moot Alumni Association (MAA) du Concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis et Union des avocats européens (UAE).

8. Le Groupe de travail a élu le Bureau suivant:

*Président*: M. Wisit Wisitsora-At (Thaïlande)

*Rapporteur*: M. Pedro Enrique Amato (République bolivarienne du Venezuela)

9. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants:

a) Ordre du jour provisoire annoté (A/CN.9/WG.V/WP.98);

b) Note du Secrétariat sur l'interprétation et l'application de certains concepts de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale en rapport avec le centre des intérêts principaux (A/CN.9/WG.V/WP.99);

c) Note du Secrétariat sur les obligations et responsabilités des administrateurs et dirigeants d'entreprises dans les procédures d'insolvabilité et mécanismes avant insolvabilité (A/CN.9/WG.V/WP.100); et

d) Proposition d'une définition de "centre des intérêts principaux" (art. 2 b) et 16-3 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale) présentée par les délégations espagnole et mexicaine et l'Union internationale des avocats (UIA) (A/CN.9/WG.V/WP.101).

10. Le Groupe de travail a adopté l'ordre du jour suivant:

1. Ouverture de la session.
2. Élection du Bureau.
3. Adoption de l'ordre du jour.
4. Examen a) de l'interprétation et de l'application de certains concepts de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale en rapport avec le centre des intérêts principaux; et b) des obligations et responsabilités des administrateurs et des dirigeants d'entreprises dans les procédures d'insolvabilité et mécanismes avant insolvabilité.
5. Questions diverses.
6. Adoption du rapport.

# III. Délibérations et décisions

11. Le Groupe de travail a procédé à l'examen des sujets suivants: a) élaboration d'orientations sur l'interprétation et l'application de certains concepts de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale en rapport avec le centre des intérêts principaux; et b) obligations et responsabilités des administrateurs et des

dirigeants d'entreprises dans les procédures d'insolvabilité et mécanismes avant insolvabilité, en se fondant sur les documents A/CN.9/WG.V/WP.99, A/CN.9/WG.V/WP.100 et A/CN.9/WG.V/WP.101 et d'autres documents mentionnés dans ces derniers. Il est rendu compte ci-après de ses délibérations et décisions sur ces points.

# IV. Interprétation et application de certains concepts de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale en rapport avec le centre des intérêts principaux

12. Le Groupe de travail a commencé sa session par un examen général de la forme que pourraient prendre ses travaux concernant certains concepts de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (la "Loi type") en rapport avec le centre des intérêts principaux, en se référant aux questions posées aux paragraphes 4 et 5 du document A/CN.9/WG.V/WP.99.

13. Le Groupe de travail a confirmé que ses travaux ne visaient pas à modifier la Loi type mais à fournir des orientations complémentaires aux personnes chargées de l'utiliser et de l'appliquer, et à en faciliter une adoption plus large. Il a donc adopté l'hypothèse de travail selon laquelle il s'emploierait à réviser et enrichir les orientations figurant dans le Guide pour l'incorporation.

## A. Procédures pouvant être reconnues en vertu de la Loi type: article 2

### 1. Exigence d'insolvabilité du débiteur

14. On a insisté sur la pertinence du préambule de la Loi type et en particulier de l'alinéa e) en ce qui concerne cette question, ainsi que sur les références aux graves problèmes financiers et à l'insolvabilité du débiteur figurant déjà dans le Guide pour l'incorporation. Il a été suggéré que ces exigences pourraient être soulignées davantage afin de clarifier la portée de la Loi type. Il a été noté que le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité (le "Guide législatif") contenait des observations concernant les éléments d'une procédure d'insolvabilité, notamment l'insolvabilité imminente, et une définition de ces éléments, et que ces observations et cette définition pourraient être utiles au Guide pour l'incorporation.

15. Il a été suggéré par ailleurs que, comme le droit de l'insolvabilité était en constante évolution et que de nouveaux types de procédure étaient de plus en plus utilisés, une interprétation souple des concepts de "procédure étrangère" et de "loi relative à l'insolvabilité" serait peut-être nécessaire afin que la Loi type englobe les procédures précédant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité judiciaire, telles que les négociations menées avec certains créanciers, mais pas nécessairement tous, pour refinancer le débiteur, lorsque ces procédures n'exigeaient pas l'accord de l'ensemble des créanciers (puisque certains créanciers pouvaient par exemple être payés intégralement) et pouvaient ne pas nécessiter l'approbation du tribunal. Il a été répondu que si ces négociations avec les créanciers étaient purement contractuelles et n'entraînaient pas l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité (telle que la procédure accélérée décrite dans le Guide législatif), tout accord conclu

aurait la force exécutoire d'un contrat, aux niveaux national et international, sans qu'il faille de reconnaissance en vertu de la Loi type ni d'assistance liée à cette reconnaissance. Tout en reconnaissant que des procédures hybrides pouvaient être de plus en plus utilisées face aux problèmes financiers des débiteurs, on a indiqué cependant que la Loi type contenait déjà certaines limites quant au type de procédure à englober et que le Guide pour l'incorporation ne pouvait apporter qu'une souplesse modérée sans modifier les termes de la Loi type elle-même.

16. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu que le Guide pour l'incorporation devrait se concentrer sur la procédure d'insolvabilité visée dans le Guide législatif, qui suppose que le débiteur ait des problèmes financiers.

### 2. Éléments de la définition de l'expression "procédure étrangère"

17. Il a été noté que les éléments de la définition devaient être examinés les uns par rapport aux autres et qu'une procédure collective pouvait toutefois ne pas satisfaire aux autres éléments de la définition. S'agissant des éléments d'une procédure "collective", il a été convenu après discussion qu'une telle procédure devait en principe porter sur l'ensemble de l'actif et du passif du débiteur et sur les créances de l'ensemble des créanciers. Cette exigence ne s'appliquerait toutefois pas aux procédures dont les créanciers garantis seraient exclus étant donné qu'ils pourraient cependant exercer leurs droits en dehors de la loi sur l'insolvabilité, ni aux procédures n'affectant pas les droits des créanciers garantis. Il a été suggéré qu'une procédure pourrait être considérée comme collective si d'autres catégories de créances étaient exclues parce qu'elles n'avaient pas à être affectées, mais le Groupe de travail est convenu de se référer uniquement à l'exemple des créanciers garantis.

18. Le Groupe de travail est convenu qu'il serait utile que le Guide pour l'incorporation comporte un examen de certaines caractéristiques des procédures qui pourraient ne pas entrer dans la définition, telles que les procédures ne nécessitant pas la surveillance ou le contrôle d'un tribunal ou les négociations à caractère purement contractuel.

19. S'agissant de l'élément de contrôle ou surveillance, le Groupe de travail s'est référé aux questions posées au paragraphe 31 du document A/CN.9/WG.V/WP.99. Il a été convenu qu'il suffisait que la surveillance ou le contrôle du tribunal soient possibles et non effectifs, et on a noté que dans certains pays cela pouvait supposer de surveiller ou contrôler le représentant de l'insolvabilité; que les procédures accélérées telles que celles décrites dans le Guide législatif pourraient être couvertes; et qu'une procédure dans laquelle le tribunal n'intervenait plus pouvait toutefois entrer dans la définition pour autant qu'elle soit toujours en cours et n'ait pas été clôturée. Il a été noté que la discussion figurant dans le Guide législatif indiquait que plusieurs approches avaient été adoptées concernant la clôture de la procédure après l'approbation d'un plan de redressement.

## B. Reconnaissance

20. S'agissant du paragraphe 34 du document A/CN.9/WG.V/WP.99, le Groupe de travail a estimé que des explications pourraient être ajoutées aux paragraphes 73 et 128 du Guide pour l'incorporation, concernant en particulier la condition de

l'établissement et les raisons pour lesquelles d'autres types de procédures n'étaient pas inclus dans le régime de reconnaissance de la Loi type.

21. En ce qui concerne le paragraphe 37 du document A/CN.9/WG.V/WP.99, le Groupe de travail est convenu qu'il serait utile de faire référence non seulement au document intitulé "La Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale: le point de vue du juge", mais aussi au Guide législatif et au Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale. Il a été dit que même si le paragraphe 9 du Guide pour l'incorporation soulignait que celui-ci intéressait aussi d'autres utilisateurs de la Loi type que les législateurs, l'insertion d'orientations complémentaires à l'intention des juges, par exemple, pourrait nécessiter de réviser l'intitulé "Guide pour l'incorporation" et d'y inclure une référence à "l'interprétation".

### 1. Facteurs pertinents pour déterminer le centre des intérêts principaux et réfuter la présomption

22. Le Groupe de travail a examiné les questions posées au paragraphe 40 du document A/CN.9/WG.V/WP.99 et la proposition contenue dans le document A/CN.9/WG.V/WP.101 concernant la définition du centre des intérêts principaux et les facteurs qui pourraient être pertinents pour réfuter la présomption visée à l'article 16-3 de la Loi type selon laquelle le centre des intérêts principaux du débiteur est le lieu où est enregistré son établissement (ou sa résidence habituelle s'il s'agit d'une personne physique).

23. Le Groupe de travail a examiné la norme de la présomption visée à l'article 16-3 et en particulier comment une présomption similaire figurant dans le Règlement (CE) nº 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité (Règlement CE) avait été interprétée. Il a été noté que dans le cas du Règlement CE, les tribunaux avaient décidé qu'il s'agissait d'une forte présomption qui ne serait réfutée que dans des cas très limités et dans des circonstances exceptionnelles; il est fait référence à une décision récente au paragraphe 27. On a insisté sur la différence entre le recours à la présomption dans la Loi type et dans le Règlement CE. Dans le premier cas, le but était de reconnaître une procédure d'insolvabilité étrangère et de fournir une assistance pour les besoins de cette procédure, alors que dans le second cas, il s'agissait de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité et de la reconnaissance automatique de cette procédure par les autres États membres de l'Union européenne. Après discussion, il a été convenu que la norme de la présomption n'était pas la même dans la Loi type que dans le Règlement CE. Il a toutefois été dit qu'il y avait un décalage entre l'importance de la présomption visée à l'article 16-3 et les orientations données au paragraphe 122 du Guide pour l'incorporation, et que des explications pourraient être ajoutées. Cette proposition a recueilli un certain appui.

24. Pour ce qui est des facteurs qui pourraient être pertinents pour réfuter cette présomption, il a été dit que pour gagner en clarté et en sécurité, cela vaudrait peut-être la peine de mentionner trois ou quatre facteurs clefs que devrait prendre en compte le tribunal saisi d'une demande de reconnaissance d'une procédure principale. Ces facteurs clefs pourraient être ceux mentionnés au paragraphe 42 du document A/CN.9/WG.V/WP.99, c'est-à-dire a) le lieu du siège de la société débitrice, de son agence centrale ou de son "centre névralgique"; b) le lieu où se trouve la direction de la société débitrice; c) le lieu où se trouvent les principaux

actifs et les créanciers de la société débitrice ou celui où se trouvent la majorité des créanciers qui seront concernés par l'affaire; et m) le lieu que les créanciers reconnaissent comme étant le centre des opérations de la société débitrice. D'autres facteurs tels que ceux énoncés au paragraphe 20 du document A/CN.9/WG.V/WP.95/Add.1 pourraient intéresser des faits précis de l'affaire mais n'auraient pas l'importance de ces facteurs clefs. L'idée de mentionner certains facteurs clefs a reçu un certain appui.

25. Selon un autre avis, le caractère factuel de toute enquête concernant le centre des intérêts principaux faisait qu'il ne serait ni possible ni approprié de se limiter à énoncer quelques facteurs qui vaudraient dans tous les cas. On a souligné qu'il importait surtout de procéder à une analyse générale de facteurs pertinents et objectifs. Le Guide pour l'incorporation devrait énumérer à titre d'exemples plusieurs facteurs qui pourraient être pertinents pour réfuter la présomption, en expliquant ce que ces facteurs pourraient impliquer et les circonstances dans lesquelles ils pourraient être pertinents, sans déterminer la priorité ou le poids à accorder à un facteur donné. Ces facteurs devraient être présentés de façon descriptive plutôt que sous la forme d'une liste, qui pourrait être interprétée à tort comme établissant un ordre de priorité ou d'importance. Cette idée a également été appuyée.

26. Une préoccupation a été exprimée en ce qui concerne l'interprétation du texte décrivant ces facteurs et la portée de la vérifiabilité qu'exigeait le facteur m). L'idée exprimée au facteur a) a recueilli un appui général, bien que d'autres formules telles que "le lieu de l'administration centrale de la société débitrice" aient été proposées. On a fait observer que le facteur b) était trop vague, l'exigence pouvant être satisfaite par exemple en indiquant le lieu de résidence des directeurs, qui n'était pas pertinent s'agissant de déterminer le centre des intérêts principaux. Pour ce qui est du facteur c), on a fait observer que le lieu des actifs de la société débitrice était souvent une question essentielle en matière d'insolvabilité et qu'un tel facteur ne contribuerait probablement pas à la prévisibilité en ce qui concerne le centre des intérêts principaux. Des préoccupations ont également été exprimées concernant la difficulté d'appliquer ces facteurs dans le contexte d'un groupe d'entreprises.

27. Pour ce qui est du facteur m), il a été noté que dans le cas du Règlement CE, la vérifiabilité était un élément essentiel servant à déterminer d'autres facteurs tels que le facteur a). Il a été fait référence à une décision récente dans laquelle la Cour de justice européenne[1] avait déclaré qu'il convenait d'interpréter le Règlement comme signifiant que le centre des intérêts principaux d'une société débitrice devait être déterminé en privilégiant le lieu de l'administration centrale de cette société, tel qu'il pouvait être établi par des éléments objectifs et vérifiables par les tiers. Elle avait ajouté que dans l'hypothèse où les organes de direction et de contrôle d'une société se trouvaient au lieu de son siège statutaire et que les décisions de gestion de cette société étaient prises, de manière vérifiable par les tiers, en ce lieu, la présomption prévue à cette disposition ne pouvait pas être renversée. Un certain appui a été exprimé en faveur de l'adoption de cette solution et de l'inclusion d'un tel libellé dans le Guide pour l'incorporation, bien que des questions aient été posées quant à la signification précise de cette exigence de vérifiabilité, notamment pour ce qui est de l'identité des tiers en question et de la question de savoir si la

---

[1] Interedil Srl, en liquidation, affaire C-396/09.

vérification devait se faire sur la base de documents d'enregistrement ou des informations généralement connues sur le marché. Une suggestion tendant à considérer la vérifiabilité comme un facteur complémentaire et non comme un facteur déterminant d'autres facteurs a également recueilli un certain appui.

28. S'agissant de la proposition de définition figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.101, l'adoption de celle-ci en l'état a recueilli peu de soutien. Le Groupe de travail a toutefois noté que les paragraphes 1 et 2 de cette définition s'inspiraient respectivement du Règlement CE et de la Loi type. Il a été suggéré que le paragraphe 1 pourrait être inséré dans le Guide pour l'incorporation sous une forme ou une autre, suggestion qui a recueilli un certain appui. Des préoccupations ont été exprimées quant au libellé précis des facteurs énoncés au paragraphe 4 de la définition mais on a noté qu'ils recoupaient dans une large mesure ceux énumérés dans les documents de travail A/CN.9/WG.V/WP.95/Add.1 et A/CN.9/WG.V/WP.99, et que leur interprétation suscitait les mêmes préoccupations et considérations.

29. Il a été dit que le juge ouvrant la procédure étrangère devrait être encouragé à énoncer dans sa décision les éléments examinés pouvant intéresser une demande de reconnaissance ultérieure, comme expliqué au paragraphe 14 du document A/CN.9/WG.V/WP.99. Cette suggestion a recueilli un certain appui.

30. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu que le Guide pour l'incorporation devrait se concentrer sur les informations améliorant la prévisibilité et fournir aux juges du tribunal de renvoi des indications leur permettant de déterminer le lieu du centre des intérêts principaux. Il devrait expliquer pourquoi la détermination du centre des intérêts principaux revêt une telle importance dans le contexte de la Loi type et décrire les facteurs pertinents pour réfuter la présomption visée à l'article 16-3. Aucun consensus n'a été dégagé sur le degré d'exhaustivité de ces facteurs ni sur leur libellé précis, mais le Secrétariat a été prié de rédiger, en tenant compte des considérations et conclusions exprimées par le Groupe de travail, un texte approprié que celui-ci examinerait à une prochaine session.

### 2. Effets de la reconnaissance du centre des intérêts principaux

31. Le Groupe de travail s'est demandé si les effets de la reconnaissance devraient être examinés plus en détail dans le Guide pour l'incorporation. Un certain appui a été exprimé en faveur de l'idée d'enrichir le commentaire et de déplacer au commencement du Guide des explications telles que celles figurant au paragraphe 143, mais le Groupe de travail a conclu que cette question ne devait pas à ce stade être traitée davantage dans le Guide.

### 3. Impact de la fraude

32. Le Groupe de travail a examiné plusieurs exemples de comportements s'apparentant à la tromperie, voire à la fraude, estimant toutefois que ce terme était peut-être excessif au regard du comportement visé. Il s'agissait notamment d'utilisation d'entités fictives, de chaînes de Ponzi, de tromperies sur le centre des intérêts principaux du débiteur, de déplacements abusifs du centre des intérêts principaux juste avant l'ouverture d'une procédure et de comportements malhonnêtes ou frauduleux une fois celle-ci engagée. En ce qui concerne le déplacement du centre des intérêts principaux, il a été dit que le tribunal de renvoi

ne devrait prendre en compte que le lieu qui lui était indiqué; la manière dont le centre des intérêts principaux y avait été établi n'intéressait pas la reconnaissance en vertu de la Loi type. Il a été indiqué que dans plusieurs pays, le déplacement du centre des intérêts principaux juste avant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité relevait de la liberté d'établissement et ne susciterait de préoccupations que s'il y avait manifestement une manœuvre délibérée visant à éluder les conséquences de l'insolvabilité. Il a également été dit que le déplacement du centre des intérêts principaux juste avant l'ouverture d'une procédure pouvait découler d'un choix délibéré visant par exemple à ouvrir la procédure dans une juridiction ayant un régime d'insolvabilité plus favorable au redressement ou à d'autres solutions convenant au débiteur, ce qui ne devrait pas susciter de préoccupations. Si le centre des intérêts principaux indiqué était fictif ou si la procédure étrangère avait été ouverte frauduleusement, le tribunal de renvoi pouvait refuser de la reconnaître et invoquer l'exception fondée sur l'ordre public visée à l'article 6 de la Loi type. Si le comportement malhonnête ou frauduleux n'était pas apparent au moment de la reconnaissance, les articles 17 et 18 de la Loi type permettaient au tribunal de renvoi de réexaminer sa décision. Le Groupe de travail est convenu que le commentaire pourrait mentionner certains de ces exemples et les solutions éventuelles.

### 4. Date à retenir pour déterminer le centre des intérêts principaux

33. Le Groupe de travail a reconnu que la Loi type ne traitait pas de la date à retenir pour déterminer le centre des intérêts principaux du débiteur dans une procédure d'insolvabilité étrangère aux fins de la reconnaissance de cette procédure. Plusieurs possibilités ont été citées: la date de la demande d'ouverture de la procédure étrangère, la date de l'ouverture de la procédure (compte tenu du fait que dans certains États il s'agira de la même date) ou la date de la demande de reconnaissance de la procédure étrangère. On a noté que chacune de ces dates présentait des avantages et des inconvénients. Il a été dit que la date de la demande d'ouverture était plus appropriée que la date de l'ouverture, surtout s'il s'écoulait un certain temps entre ces deux dates et si les créanciers et d'autres personnes pouvaient alors prendre des dispositions à l'égard des biens du débiteur. On a fait observer que si la date de la demande de reconnaissance était la date à retenir, il pourrait y avoir des cas où le débiteur aurait cessé ses activités à cette date, surtout si la reconnaissance était demandée à un stade avancé de la procédure étrangère, et le centre des intérêts principaux ou l'établissement du débiteur ne pourrait être identifié. Dans de tels cas, le lieu où se trouve le représentant étranger pourrait être le seul endroit ayant un lien avec la procédure étrangère. Il a été suggéré que si plusieurs procédures étrangères concurrentes visaient la reconnaissance dans un seul État, le tribunal de renvoi de cet État devrait les prendre toutes en considération et décider quelle date pourrait être retenue pour déterminer le centre des intérêts principaux. Dans de tels cas, le chapitre IV de la Loi type sur la coopération et la coordination pourrait être pertinent, de même que les articles 17 et 18.

34. La question du déplacement du centre des intérêts principaux juste avant la demande d'ouverture et de ses effets sur la reconnaissance de la procédure étrangère a également été soulevée. Il a été dit que la question du centre des intérêts principaux devait être tranchée par le tribunal d'origine au moment de l'ouverture de la procédure étrangère. Il a été répondu que les tribunaux ne se posaient généralement pas la question de savoir si la procédure qu'on leur demandait

d'ouvrir dans leur propre État devait être considérée comme procédure principale sur la base du "centre des intérêts principaux" ou comme procédure non principale sur la base de "l'établissement" mais qu'ils s'assuraient plutôt de leur compétence à l'égard du débiteur. Le point de savoir si la procédure était principale ou non ne concernait que la question de la reconnaissance en vertu de la Loi type et devait donc être examiné par le tribunal de renvoi. Comme on l'a dit ci-dessus (par. 29), toute information pertinente sur le centre des intérêts principaux ou l'établissement du débiteur pouvant être incluse par le tribunal d'origine dans l'ordonnance d'ouverture de la procédure pouvait être très utile au tribunal de renvoi, même si elle n'était ni décisive ni contraignante, ce dernier devant s'assurer que la procédure étrangère remplissait les conditions posées par la Loi type.

35. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a prié le Secrétariat de rédiger un texte posant la question, présentant les différentes dates possibles et examinant les avantages et inconvénients de chacune.

### C. Groupes d'entreprises

36. Le Groupe de travail a examiné si, bien que la Loi type ne s'appliquât pas aux groupes d'entreprises, des indications concernant les groupes d'entreprises et la manière dont ces groupes avaient été traités dans la pratique pourraient être ajoutées au Guide pour l'incorporation.

37. Le Groupe de travail est convenu que le sujet était très important, compte tenu de la réalité commerciale actuelle des échanges mondiaux et des procédures d'insolvabilité internationales. Certaines réserves ont été exprimées quant à savoir s'il était approprié d'ajouter des indications dans le Guide pour l'incorporation mais il a été convenu de faire référence à la troisième partie du Guide législatif et aux solutions retenues concernant le traitement des groupes en situation d'insolvabilité, en particulier dans un contexte international. Toutefois, au-delà de cela et en particulier en ce qui concerne la notion de centre des intérêts principaux d'un groupe d'entreprises, il a été dit que lorsque le Groupe de travail se serait accordé sur les facteurs à retenir pour déterminer le centre des intérêts principaux d'un débiteur autonome, il serait peut-être possible d'examiner plus avant la question du groupe d'entreprises et en particulier la pertinence de ces facteurs dans ce contexte.

## V. Obligations et responsabilités des administrateurs et dirigeants d'entreprises dans les procédures d'insolvabilité et mécanismes avant insolvabilité

### A. Forme que pourraient prendre les principes ou lignes directrices

38. Le Groupe de travail a commencé ses délibérations à ce sujet par un débat sur la forme que pourraient prendre ses travaux. Il est convenu que l'objectif de ces derniers était de donner des orientations sur les responsabilités et obligations au cours de la période précédant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, afin d'encourager une action rapide pour faire face à des difficultés financières et par là même favoriser le sauvetage de l'entreprise et réduire au minimum le préjudice pour les créanciers et d'autres parties intéressées. Pour atteindre cet objectif, il fallait

établir un équilibre entre la nécessité de fournir des incitations à intervenir rapidement face à des difficultés financières, et l'incidence que les obligations imposées pourraient avoir sur l'aptitude des entreprises à attirer des personnes qualifiées pouvant prendre une fonction de contrôle et d'influence et continuer de l'exercer pendant la période de difficultés financières et d'insolvabilité. Il a été dit que cette approche pourrait avoir pour conséquence involontaire que les administrateurs prennent des mesures inutiles, comme demander d'emblée l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité judiciaire, uniquement pour échapper à une lourde responsabilité ou à des sanctions. Le Groupe de travail est convenu que la forme d'un guide législatif conviendrait pour atteindre l'objectif recherché. Un guide pourrait en effet fournir des commentaires sur les avantages et inconvénients des différentes approches et recommander la meilleure pratique, le cas échéant.

## B. Définition des personnes auxquelles incombent les obligations

39. Le Groupe de travail a rappelé qu'il était convenu à sa trente-neuvième session que, pour commencer, les obligations pertinentes devraient incomber aux administrateurs officiellement désignés, qu'il s'agisse de personnes physiques ou morales. En ce qui concerne les autres personnes auxquelles pourrait également incomber une obligation, le Groupe de travail a exprimé différents avis. Selon un avis, l'obligation devait s'étendre aux administrateurs et autres personnes chargées de gérer et de superviser l'entreprise et à ceux qui pouvaient exercer une influence sur celle-ci, à l'exclusion des conseillers professionnels. Selon un autre avis, il était difficile de déterminer à qui incomberait l'obligation sans connaître avec certitude l'étendue de l'obligation à imposer. Si par exemple il s'agissait de réagir rapidement à des difficultés financières en demandant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, l'obligation devait seulement s'appliquer aux administrateurs officiellement désignés. S'il s'agissait d'une responsabilité plus étendue, par exemple de verser des indemnités pour un préjudice subi, une plus large catégorie de personnes pouvait être nécessaire, mais l'imposition d'obligations de cette nature risquait d'être déstabilisante et d'aller à l'encontre des incitations présentées comme étant l'objet des travaux.

40. Selon un autre avis, il était peut-être préférable de s'abstenir purement et simplement de mentionner les administrateurs, étant donné que les États pouvaient avoir différentes définitions et interprétations de ce que ce terme recouvrait. Il a également été dit qu'il serait peut-être plus souhaitable d'adopter une description plus large et mieux adaptée renvoyant par exemple aux personnes chargées de diriger l'entreprise, ou encore de laisser le droit interne trancher cette question.

41. À l'issue du débat, le Groupe de travail est convenu que les orientations feraient référence aux administrateurs officiellement désignés, et que le commentaire pourrait traiter de la portée du terme "administrateurs" et donner des exemples des catégories de dirigeants et d'autres parties qui pourraient être visés dans ce contexte.

## C. Détermination du moment où les obligations prennent naissance

42. Le Groupe de travail a rappelé qu'à sa session précédente, il était convenu que les obligations prendraient naissance lorsque le débiteur serait insolvable ou sur le point de l'être, mais ne pourraient être exécutées qu'une fois ouverte la procédure d'insolvabilité (A/CN.9/715, par. 81).

43. Il a été dit à titre préliminaire que les travaux devraient porter sur les obligations des dirigeants d'entreprises dans la phase précédant la procédure d'insolvabilité plutôt que sur l'obligation de rendre compte et, comme on l'avait dit lors de l'examen de la forme des travaux, viser à stimuler et encourager un comportement correct. Cette proposition a recueilli un certain appui mais il a été ajouté que pour encourager un comportement correct, il fallait que l'intéressé puisse être tenu de rendre compte.

44. Il a été largement fait observer qu'il serait extrêmement difficile de définir le moment où une obligation prendrait naissance sur la base d'un critère clairement défini. On a suggéré plusieurs critères possibles, notamment le moment où les dirigeants d'entreprises auraient dû réaliser qu'ils ne pourraient raisonnablement éviter l'insolvabilité, celui où ils ont su ou auraient dû savoir que l'insolvabilité ne pouvait être évitée, celui de l'insolvabilité effective, quelle qu'en soit la définition, et celui où la continuité de l'activité est menacée. Lors de l'examen de ces critères, il a été dit que certains, tels que l'insolvabilité effective ou imminente, seraient trop tardifs ou trop proches de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, et que les obligations devraient naître avant qu'une situation insoluble ou des difficultés financières ne surviennent ou que l'insolvabilité ne devienne inévitable.

45. Il a été souligné que la discussion devrait porter sur les obligations ne pouvant être exécutées en vertu de la loi sur l'insolvabilité qu'une fois ouverte la procédure d'insolvabilité, et non sur les types d'obligations qui pourraient relever du droit des sociétés. Une fois la procédure d'insolvabilité ouverte, le représentant de l'insolvabilité pourrait prendre diverses mesures pour atténuer le préjudice subi par la société débitrice, telles que recouvrer les avoirs transférés à un prix sous-évalué avant l'ouverture de la procédure. Le produit de ces mesures viendrait s'ajouter à la masse de l'insolvabilité. Il a été souligné en outre que les obligations en question seraient complémentaires de celles relevant du droit des sociétés.

46. À l'issue de la discussion, il a été convenu que bien qu'il y ait un appui général en faveur de la période précédant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, un consensus sur la manière de le formuler ne pourrait être dégagé à la présente session. Le Secrétariat a été prié de rédiger un texte décrivant les différentes solutions retenues dans les lois existantes sur la question et les avantages et inconvénients de ces solutions.

## D. Identification des personnes auxquelles il doit être rendu compte

47. Le Groupe de travail a rappelé qu'à sa précédente session différents aspects de cette question avaient été examinés, notamment la question de savoir si les obligations étaient envers l'ensemble des créanciers ou la masse de l'insolvabilité (une approche jugée compatible avec le Guide législatif et qui supposerait une

démarche pratique fondée sur l'identification des bénéficiaires potentiels d'une action en recouvrement).

48. Il a été noté que cette question dépendait du moment où les obligations pourraient prendre naissance, point qui n'a pas fait l'objet d'un consensus, mais le Groupe de travail a exprimé différents points de vue en ce qui concerne les parties auxquelles il pouvait devoir être rendu compte: la société elle-même (seraient alors également protégés les biens et intérêts des actionnaires et d'autres parties intéressées), l'ensemble des créanciers ou les actionnaires. On a fait observer qu'il ne serait peut-être pas possible de délimiter clairement la fin de la phase précédant l'insolvabilité et le début de la procédure d'insolvabilité proprement dite de sorte qu'avant l'insolvabilité, il faille rendre compte par exemple à la société telle que l'envisageait le droit des sociétés applicable et qu'après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, il ne faille rendre compte qu'aux créanciers. Il a donc été dit qu'une série d'intérêts entraient en jeu aux deux phases, même si leur importance relative pouvait changer lorsque la société passait d'une phase à l'autre.

## E. Détermination de la nature des obligations ou des types d'irrégularités devant être sanctionnées

49. Il n'y a pas eu de consensus sur le moment à partir duquel des obligations supplémentaires pourraient être imposées en vertu de la loi aux administrateurs mais de nombreuses suggestions ont été faites sur ce que pourraient être ces obligations une fois atteint le moment en question. Il s'agissait notamment de modifier les pratiques de gestion de manière à cibler un éventail de parties intéressées plus large que celui requis par le droit des sociétés; d'élaborer un rapport sur la possibilité d'une restructuration; d'agir de manière raisonnable face aux circonstances et de prendre l'avis de professionnels; de prendre des mesures raisonnables pour limiter au minimum les pertes pour la société; de s'informer indépendamment de la situation financière de la société et de ne pas se fier uniquement aux avis de la direction; de prendre des mesures préventives appropriées pour éviter que la société ne devienne insolvable; de s'abstenir de prendre des mesures qui aggraveraient la situation, comme le fait de transférer des avoirs hors de la société à un prix sous-évalué; de demander un audit externe; de veiller à ce que les intérêts de toutes les parties concernées soient pris en compte en déterminant quelles mesures pourraient être prises; et d'éviter de perdre des collaborateurs clefs.

50. À l'issue du débat, il a été conclu que les catégories d'obligations mentionnées risquaient dans une certaine mesure de faire double emploi avec celles généralement applicables en vertu du droit des sociétés et celles énoncées en vertu du droit de l'insolvabilité. Il a été convenu que les mesures proposées dans le cadre de ces travaux ne devraient pas limiter les obligations applicables en vertu d'autres branches du droit, comme le droit des sociétés, le droit pénal, le droit de la responsabilité délictuelle ou le droit civil, ni y faire obstacle. Il a également été convenu que lorsqu'une société se trouvait dans la phase préalable à la procédure d'insolvabilité, quelle qu'en soit la définition, les administrateurs devraient envisager des mesures supplémentaires, des propositions ayant été faites sur ce que pourraient être ces mesures (voir par. 49 ci-dessus). Il a par ailleurs été conclu que le Groupe de travail ne considérait pas comme une obligation le fait de demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité et, à cet égard, il a été fait référence au

Guide législatif (deuxième partie, chapitre premier, par. 35 et 36) où cette question avait déjà été abordée.

## F. Détermination des voies de recours disponibles

51. Le Groupe de travail a entendu quelques brefs exposés sur les voies de recours disponibles dans les différents droits internes. Le Secrétariat a été prié d'examiner les différentes approches adoptées afin d'en dégager les points communs et de présenter un document sur ces points communs pour examen à une prochaine session.

## G. Questions internationales

52. Le Groupe de travail est convenu que les questions internationales seraient abordées à une prochaine session, quand les questions examinées ci-dessus auraient été précisées.

## B. Note du Secrétariat sur l'interprétation et l'application de certains concepts de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale en rapport avec le centre des intérêts principaux, soumise au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa quarantième session (A/CN.9/WG.V/WP.99)

**[Original: anglais]**

**TABLE DES MATIÈRES**


*Paragraphes*

Introduction . . . . . 1-8

I. Interprétation et application des concepts se rapportant au centre des intérêts principaux . . . . . 9-64

A. Procédures pouvant être reconnues en vertu de la Loi type: article 2 . . . . . 9-31

1. Exigence d'insolvabilité du débiteur . . . . . 9-11

2. Éléments de la définition du terme "procédure étrangère" . . . . . 12-31

B. Reconnaissance . . . . . 32-54

1. Procédure principale et non principale . . . . . 32-34

2. Détermination du centre des intérêts principaux – article 16 Présomptions . . . . . 35-37

3. Facteurs pertinents pour déterminer le centre des intérêts principaux et réfuter la présomption . . . . . 38-44

4. Effet de la reconnaissance du centre des intérêts principaux . . . . . 45-46

5. Impact de la fraude . . . . . 47-48

6. Date à retenir pour déterminer le centre des intérêts principaux . . . . . 49-54

C. Groupe d'entreprises . . . . . 55-64


# Introduction

1. À sa quarante-troisième session, en 2010, la Commission était saisie d'une série de propositions de travaux futurs sur le droit de l'insolvabilité (A/CN.9/WG.V/WP.93 et Add.1 à 6 et A/CN.9/582/Add.6). Ces propositions avaient été examinées par le Groupe de travail V à sa trente-huitième session (voir A/CN.9/691, par. 99 à 107) et une recommandation concernant les sujets possibles avait été présentée à la Commission (A/CN.9/691, par. 104). Un document supplémentaire (A/CN.9/709) complétant la proposition faite par la Suisse dans le document A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.5 avait été présenté après cette session.

2. À l'issue de la discussion, la Commission a approuvé la recommandation du Groupe de travail V tendant à ce que des travaux soient entamés sur deux thèmes relatifs à l'insolvabilité, qui étaient actuellement importants, dans la mesure où une plus grande harmonisation des approches nationales sur ces thèmes permettrait de gagner en sécurité et en prévisibilité.

3. La présente note porte sur le premier thème, qui concerne la proposition des États-Unis (décrite au paragraphe 8 du document A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.1) d'élaborer des lignes directrices pour l'interprétation et l'application de certains concepts de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (la Loi type) en rapport avec le centre des intérêts principaux et éventuellement d'élaborer une loi type ou des dispositions types sur le droit de l'insolvabilité traitant certains problèmes qui se posent dans un contexte international, dont la compétence, l'accès et la reconnaissance, d'une manière qui n'exclurait pas l'élaboration d'une convention[1]. Le document A/CN.9/WG.V/WP.101 contient une proposition[2] de définition de l'expression "centre des intérêts principaux". Le second thème (responsabilité des administrateurs et des dirigeants d'entreprises insolvables ou proches de l'insolvabilité) est examiné dans le document A/CN.9/WG.V/WP.100.

4. Tout d'abord, le Groupe de travail voudra peut-être examiner la nécessité de déterminer la forme sous laquelle la première partie de la proposition, à savoir les lignes directrices sur certains concepts en rapport avec le centre des intérêts principaux, pourrait être présentée et la manière dont elle pourrait l'être. Il a été suggéré dans le document A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.2 (par. 68 à 70) que, lors de l'examen des questions soulevées ci-dessous, le Groupe de travail explique la logique sous-tendant toute conclusion qu'il pourrait formuler et qui pourrait constituer la base d'orientations aux fins de l'interprétation de la Loi type. Une telle explication pourrait également constituer une sorte "d'historique législatif" utile pour aider les juristes ou les autorités de l'insolvabilité à comprendre la portée et la signification des différentes dispositions de la Loi type. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner les moyens d'atteindre cet objectif. En fonction du degré de détail des orientations que le Groupe de travail voudra donner, différents types de documents pourraient être élaborés, par exemple un document d'information et un commentaire ou des recommandations. Une solution pourrait être d'élaborer un document d'information qui accompagnerait le texte existant de la Loi type et du Guide pour son incorporation dans le droit interne (le Guide pour l'incorporation), tandis qu'une autre serait d'insérer le texte adopté par le Groupe de travail directement dans le Guide pour l'incorporation. Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que le texte intitulé "La Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale: le point de vue du juge" (le point de vue du juge), qui fournit aux juges des informations concernant l'application et l'interprétation de la Loi type, a été finalisé et adopté par la Commission à sa quarante-quatrième session en 2011[3].

---

[1] Voir également la proposition de l'Union internationale des avocats (UIA) concernant l'élaboration éventuelle d'une convention (A/CN.9/686, par. 127 à 130).

[2] Une définition de l'expression "centre des intérêts principaux" (article 2 b) et article 16-3 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale) a été proposée par les délégations du Mexique et de l'Espagne et par l'UIA.

[3] Une version préliminaire du texte est disponible en anglais à l'adresse www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/pre-judicial-perspective.pdf.

5. Examinant la question de la forme que pourraient prendre ses travaux, le Groupe de travail voudra peut-être garder à l'esprit qu'un commentaire ou des orientations s'ajoutant au Guide pour l'incorporation pourraient dérouter le lecteur ou l'utilisateur, surtout si ce commentaire ou ces orientations s'écartent de points déjà traités dans le Guide ou fournissent un surcroît de précisions. Pour cette raison, la révision du Guide serait encore le moyen le plus effectif et efficace de produire une source unique d'informations et d'orientations. À cet égard, certaines des questions examinées ci-après relevant plus de l'utilisation et de l'application de la Loi type adoptée que de son adoption elle-même, on pourrait penser qu'il n'y a pas lieu de les inclure dans une version révisée du Guide pour l'incorporation. Cependant, l'importance du Guide pour l'incorporation, notamment aux yeux des juridictions en tant qu'aide à l'interprétation de la Loi type (et aux yeux des législateurs et des responsables politiques, comme le souligne le paragraphe 9 du Guide), donne à penser qu'il pourrait être approprié d'insérer dans le Guide un commentaire et des orientations complémentaires.

6. Puisque le Groupe de travail n'a pris aucune décision sur ce point et que la forme du texte définitif n'est pas claire, le présent document de travail ne porte que sur les questions qui pourraient être abordées ou approfondies dans un "commentaire additionnel". Toutefois, il y est fait référence à certains paragraphes du Guide pour l'incorporation qui pourraient devoir être réexaminés et modifiés si le Groupe de travail décidait qu'il y a lieu d'insérer dans le Guide un commentaire ou des orientations supplémentaires sur les questions examinées.

7. Le présent document fait fond sur les documents de travail précédents sur la question du centre des intérêts principaux, en particulier les documents A/CN.9/WG.V/WP.95 et Add.1. Le Groupe de travail souhaitera peut-être rappeler les questions sur lesquelles il n'est pas parvenu à une conclusion lors de la session à laquelle il a examiné ces documents[4]:

a) Les différents éléments de la définition de l'expression "procédure étrangère" visée à l'article 2 de la Loi type (voir A/CN.9/715, par. 22);

b) L'application de l'exception d'ordre public visée à l'article 6 (A/CN.9/715, par. 30). Le Groupe de travail est convenu que cette exception devait être interprétée de manière restrictive mais n'a pas véritablement examiné comment assurer une telle interprétation;

c) La hiérarchisation d'une liste de facteurs à prendre en compte pour déterminer le centre des intérêts principaux et réfuter la présomption visée à l'article 16-3 (A/CN.9/715, par. 41); et

d) L'impact de la fraude sur la détermination du centre des intérêts principaux (A/CN.9/715, par. 43).

8. En sus des documents précédemment fournis, la discussion ci-après apporte des précisions sur certains points déjà examinés et soulève de nouvelles questions que le Groupe de travail examinera.

---

[4] Le rapport du Groupe de travail V sur les travaux de sa trente-neuvième session figure dans le document A/CN.9/715.

# I. Interprétation et application des concepts se rapportant au centre des intérêts principaux

## A. Procédures pouvant être reconnues en vertu de la Loi type: article 2

### 1. Exigence d'insolvabilité du débiteur (voir A/CN.9/WG.V/WP.95, par. 8 à 12)

9. À sa trente-neuvième session, le Groupe de travail n'est pas parvenu à une conclusion sur la nécessité d'examiner plus avant le point de savoir si la Loi type contenait une exigence concernant les difficultés financières ou l'insolvabilité du débiteur, estimant (A/CN.9/715, par. 18) qu'il était prématuré de décider si la définition du terme "procédure étrangère" figurant à l'article 2 nécessitait ou non d'autres précisions que celles déjà fournies par le Guide pour l'incorporation de la Loi type.

10. Comme le note le document de travail préparé pour la trente-neuvième session (A/CN.9/WG.V/WP.95, par. 8 à 12), le Groupe de travail a déjà examiné plusieurs points lors de l'élaboration de la Loi type et pris plusieurs décisions. Par exemple, il a été reconnu que l'expression "procédure d'insolvabilité" ne pouvait être facilement définie, le concept variant selon les États, et que les travaux devraient plutôt porter sur les caractéristiques que devait présenter une procédure d'insolvabilité étrangère pour pouvoir être reconnue (A/CN.9/WG.V/WP.95, par. 8). D'autres points concernant l'exigence d'insolvabilité sont déjà traités dans le Guide pour l'incorporation. Par exemple, il est dit que le débiteur doit rencontrer de graves problèmes financiers ou être insolvable (Guide pour l'incorporation, par. 1, 13, 14, 51 et 71).

11. Pour aider davantage les utilisateurs de la Loi type, le Groupe de travail voudra peut-être examiner les propositions suivantes de commentaires additionnels sur ce point préliminaire:

a) Insister davantage sur le préambule de la Loi type, en particulier son paragraphe e) et la référence aux "entreprises en difficultés financières". À cet égard, les paragraphes 1, 13, 23, 24, 51 à 53 et 71 du Guide pour l'incorporation pourraient être réexaminés;

b) Mentionner ou préciser certains éléments du Guide législatif, tels que la définition de l'insolvabilité (glossaire, par. 12 s)); les principaux objectifs d'une loi sur l'insolvabilité efficace (première partie, chap. I, par. 1 à 14 et recommandations 1 à 6), ainsi que les caractéristiques générales d'une loi sur l'insolvabilité (première partie, chap. I, par. 20 à 27 et recommandation 7) et les recommandations 15 et 16, qui envisagent l'insolvabilité ou l'insolvabilité imminente, telle que définie, en tant que condition de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Les paragraphes 13 à 19 et 51 à 53 du Guide pour l'incorporation pourraient être pertinents à cet égard; et

c) Examiner certaines caractéristiques générales des procédures qui pourraient être reconnues en vertu de la Loi type, compte tenu de certains des problèmes apparus dans les affaires où intervenait cette question (A/CN.9/WG.V/WP.95, par. 18 à 23). Par exemple, peu importe qu'une loi porte le nom de loi sur l'insolvabilité; l'idée est qu'elle ait trait à l'insolvabilité, à sa

prévention ou aux difficultés financières, même si elle n'exige pas l'insolvabilité comme condition à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité formelle, pour autant qu'elle s'attache à résoudre les difficultés financières et non à se débarrasser d'une personne morale (en particulier si celle-ci est solvable). Les paragraphes 23, 24 et 51 à 53 du Guide pour l'incorporation pourraient être pertinents à cet égard.

**2. Éléments de la définition du terme "procédure étrangère"** (A/CN.9/WG.V/WP.95, par. 13 à 38)

12. Pour être reconnue en vertu de la Loi type, une procédure étrangère doit entrer dans la définition de l'article 2 a), qui comporte plusieurs éléments. Elle doit être (*italiques ajoutés*):

i) Une procédure judiciaire ou administrative *collective*, même provisoire, dans un État étranger;

ii) Régie par *une loi relative à l'insolvabilité*;

iii) Dans le cadre de laquelle les biens et les affaires du débiteur sont *soumis au contrôle ou à la surveillance d'un tribunal étranger*;

iv) *Aux fins de redressement ou de liquidation*.

13. On rappellera que l'article 16-1 crée une présomption qui renvoie à la définition des termes "procédure étrangère" et "représentant étranger" à l'article 2. Si la décision d'ouverture de la procédure étrangère et de désignation du représentant étranger indique que la procédure étrangère est une procédure au sens de l'article 2 a) et que le représentant étranger est une personne ou un organe au sens de l'article 2 d), le tribunal peut présumer qu'il en est ainsi.

14. On rappellera également que les tribunaux qui ont reconnu une procédure étrangère se sont fondés sur cette présomption dans plusieurs affaires (voir A/CN.9/WG.V/WP.95, par. 15 et 16) lorsque le tribunal ayant ouvert la procédure d'insolvabilité étrangère indiquait qu'aux fins de la demande de reconnaissance, le représentant de l'insolvabilité était un représentant étranger et la procédure une procédure étrangère. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si les tribunaux ouvrant une procédure devraient être encouragés à déclarer, sans plus, que la procédure correspond à la définition énoncée à l'article 2 a) et est donc une "procédure étrangère" aux fins de la Loi type ou s'ils devraient aussi être encouragés à énoncer dans les ordonnances qu'ils rendent l'essentiel des éléments qui leur ont été présentés à l'appui d'une reconnaissance de la procédure en tant que procédure étrangère au sens de l'article 2 a). La même considération pourrait valoir pour la nomination du représentant de l'insolvabilité et la reconnaissance de cette personne en tant que représentant étranger au sens de l'article 2 d). Dans le commentaire des articles 15 et 17 de la Loi type (par. 30, 31, 67, 68 et 125 du Guide pour l'incorporation), on a pu relever que les décisions et ordonnances du tribunal ouvrant la procédure n'étaient pas déterminantes et ne liaient pas le tribunal de renvoi, qui doit s'assurer que la procédure répond aux exigences de l'article 2 a), mais que lorsque les circonstances s'y prêtaient, ce dernier pouvait leur accorder un certain poids lorsqu'il examinait la question et tirait ses propres conclusions.

15. Une question connexe porte sur le statut de la procédure en tant que procédure principale ou non principale (A/CN.9/WG.V/WP.95/Add.1, par. 1 à 3). À sa session précédente, le Groupe de travail est convenu qu'il serait utile que le tribunal ouvrant

une procédure inclue des informations sur le statut de la procédure dans toutes les ordonnances qu'il rend, et que ce point pourrait donc être inclus dans un commentaire additionnel (A/CN.9/715, par. 37). Les paragraphes 73, 126 et 127 du Guide pour l'incorporation peuvent être pertinents à cet égard.

**a) Procédure collective** (A/CN.9/WG.V./WP.95, par. 18 à 23)

16. On rappellera que le Guide pour l'incorporation note que les créanciers doivent participer collectivement à la procédure étrangère[5], l'objet de la procédure n'étant pas d'aider un créancier en particulier à obtenir paiement. Il note également que diverses procédures collectives pourraient être ainsi reconnues, "qu'elles soient obligatoires ou volontaires, qu'elles fassent intervenir des personnes morales ou des personnes physiques, qu'elles aient pour but la liquidation ou le redressement", ou qu'il s'agisse de procédures dans lesquelles le débiteur conserve un certain contrôle sur ses biens, même s'il est soumis à la supervision d'un tribunal (par exemple, débiteur en possession, suspension des paiements)[6]. Lors des délibérations du Groupe de travail sur l'élaboration de la Loi type, on a fait remarquer que "le caractère collectif de la procédure impliquait la représentation de la masse des créanciers"[7].

17. Dans les affaires examinées dans le document de travail précédent (A/CN.9/WG.V/WP.95, par. 19 à 23), les tribunaux ont identifié plusieurs éléments considérés comme nécessaires pour satisfaire à l'exigence d'une "procédure collective". La procédure doit: prendre en considération les droits et les obligations de tous les créanciers et réaliser les biens dans l'intérêt de tous les créanciers; envisager non seulement l'examen et le traitement possible des divers types de créances mais aussi la participation éventuelle des créanciers à une procédure étrangère; ou viser à rassembler et distribuer les actifs du débiteur. Malgré ces éléments, un manque de spécificité subsiste en ce qui concerne les types de procédures qui pourraient ou ne pourraient pas satisfaire à l'exigence d'une "procédure collective". À cet égard, le Groupe de travail pourrait noter qu'on peut craindre que les procédures non véritablement collectives pourraient tenter d'utiliser les dispositions de la Loi type pour contrôler des biens se trouvant dans le ressort du tribunal de renvoi ou bloquer les actions qui y sont menées, contrariant d'autres procédures véritablement "collectives". Aux fins d'une plus grande spécificité, il serait bon d'examiner non seulement ce qui constitue une procédure "collective" mais aussi quels types de procédures n'en sont pas.

18. À sa session précédente, le Groupe de travail a dit (A/CN.9/715, par. 21) que le Secrétariat pourrait identifier certains types de procédures ne relevant pas clairement de la définition de l'article 2 a) ou dont l'inclusion pouvait susciter ou avait déjà suscité diverses préoccupations.

19. Les procédures suscitant des préoccupations étaient par exemple celles qui ne représentaient qu'une seule catégorie de créanciers, tels que les assurés, dans une procédure concernant une compagnie d'assurance en tant que débiteur, ou les créanciers prioritaires, tels que les banques, dans une procédure supposant la restructuration d'une partie de la dette et pas nécessairement de l'ensemble de

---

[5] Guide pour l'incorporation, par. 23.

[6] Ibid., par. 24.

[7] A/CN.9/422, par. 48.

celle-ci. Dans ce dernier cas, il peut s'agir de procédures aux appellations diverses, notamment de procédures accélérées telles que celles décrites dans le Guide législatif (deuxième partie, chap. IV).

20. On rappellera qu'en ce qui concerne les procédures accélérées, le Guide législatif indique (deuxième partie, chap. IV, par. 81 et 82) qu'il n'est pas toujours possible ni même nécessaire de faire participer tous les créanciers aux négociations volontaires de restructuration qui précèdent une procédure accélérée. Participent généralement à ces négociations le débiteur et une ou plusieurs catégories de créanciers, tels que les prêteurs, les obligataires et les actionnaires, et certains types de créanciers non institutionnels et autres, tels que les créanciers commerciaux, continuent habituellement à être payés dans le cours normal des affaires. Ceux-ci n'ont donc pas besoin de participer à la procédure. Si toutefois il est proposé que les droits de ces créanciers soient modifiés, ils devront participer à la procédure et accepter les modifications proposées. Le Guide législatif note également, s'agissant de l'ouverture d'une procédure accélérée, que celle-ci doit être ouverte à tout débiteur qui ne remplit pas encore les conditions requises par les dispositions générales de la loi sur l'insolvabilité mais qui, d'une manière générale, ne sera probablement pas en mesure de payer ses dettes à leur échéance (par. 84 et recommandation 160).

21. De telles procédures accélérées satisferaient à certaines exigences de la définition d'une "procédure étrangère" mais il n'est pas certain qu'elles satisferaient dans tous les cas à celles d'une "procédure collective". Plusieurs questions se posent. La première est de savoir si l'élément "procédure collective" requiert la prise en compte, la participation ou la représentation de ***l'ensemble*** des créanciers dans la procédure, qu'ils soient ou non concernés par celle-ci, et de quelque manière qu'ils le soient, ou seulement de ceux dont les droits sont affectés, par exemple, par un report ou une autre modification. Une deuxième question concerne la manière dont les créanciers participent à la procédure et le point de savoir si l'exigence d'une "procédure collective" signifie que les droits et les intérêts de tous les créanciers doivent être pris en compte (par le tribunal ou par le représentant de l'insolvabilité) au cours de la procédure ou bien qu'ils y participent ou y sont représentés. Les créanciers pourraient participer à la procédure de différentes manières, directement ou indirectement, en fonction de la nature de celle-ci. Lorsqu'un redressement nécessite l'approbation d'un plan approuvé par un pourcentage de créanciers légal ou contractuel, l'exigence de la participation directe est satisfaite. En revanche, dans le cas d'une liquidation, la possibilité d'une telle participation directe peut ne pas être ouverte aussi clairement aux créanciers. En termes de représentation, il y a également différentes possibilités, telles que les comités des créanciers ou les représentants nommés par le tribunal (la participation des créanciers est examinée dans le Guide législatif, deuxième partie, chap. III, par. 75 à 114).

22. Une autre manière d'aborder la question de savoir en quoi consiste une "procédure collective" pourrait être de dire que la procédure doit viser le bien collectif de l'ensemble des créanciers (au sens où tous en profiteront lorsque le débiteur aura négocié une solution à ses difficultés financières) au lieu d'exiger que les droits de l'ensemble des créanciers soient pris en compte ou que tous participent à la procédure ou y soient représentés.

23. Certaines lois ont traité la question de la définition en indiquant le nom donné à chaque type de procédure dans différents pays. Au sein de l'Union européenne, par exemple, le Règlement CE comprend en annexe la liste des noms des différents types de procédures visés. Cette approche, envisageable pour un nombre limité de pays dans un contexte régional, ne saurait s'avérer utile dans un contexte mondial, puisque ces noms ne sont pas compris de la même manière dans tous les pays, et il serait laborieux et difficile d'en faire une application généralisée.

24. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner laquelle de ces approches pourrait être souhaitable ou si d'autres solutions seraient préférables.

**b) Régie par une loi relative à l'insolvabilité** (A/CN.9/WG.V/WP.95, par. 24 à 29)

25. On rappellera que les documents préparatoires de la Loi type précisent que cette formule a été retenue pour indiquer que la liquidation et le redressement pouvaient se faire en application d'autres textes que la loi sur l'insolvabilité à strictement parler (droit des sociétés par exemple)[8]. Elle a été approuvée par le Groupe de travail comme étant "suffisamment large pour englober toutes les dispositions concernant l'insolvabilité, quel que soit le type de texte où elles étaient énoncées"[9].

26. Le document de travail précédent (A/CN.9/WG.V/WP.95, par. 26 à 29) indiquait que la question de savoir ce qui constitue "une loi relative à l'insolvabilité" avait été examinée par plusieurs tribunaux, notamment pour déterminer si une procédure de mise sous administration judiciaire constituait une procédure étrangère qui pouvait être reconnue. Ils avaient ainsi identifié plusieurs éléments de cette exigence: la loi en question ne devait pas nécessairement être de nature législative (c'est-à-dire qu'elle pouvait inclure la *common law*) ni porter exclusivement sur l'insolvabilité. Dans une affaire, il a également été décidé qu'après avoir identifié la loi en application de laquelle la procédure avait été engagée, le tribunal devait vérifier si cette loi était liée à l'insolvabilité et si les autres éléments visés dans la définition [de l'article 2] pouvaient être considérés comme présents "en application" de cette loi[10].

27. Dans certaines décisions, les tribunaux ont aussi indiqué les caractéristiques des procédures qui ne satisfaisaient pas à l'exigence de la Loi type. Par exemple, que l'objet de la procédure était d'empêcher la dispersion et le gaspillage et non de liquider ou de restructurer le patrimoine des débiteurs; que le préjudice que le tribunal voulait éviter touchait les investisseurs et non l'ensemble des créanciers; que les pouvoirs conférés et les devoirs imposés au représentant de l'insolvabilité visaient à réunir et préserver les biens et non à les liquider ou à les distribuer; et que le représentant de l'insolvabilité n'était pas habilité à distribuer les biens des débiteurs.

28. La proposition du paragraphe 11 ci-dessus a également trait au sens de l'expression "loi relative à l'insolvabilité". Afin de fournir d'autres orientations sur ce point, le Groupe de travail voudra peut-être examiner si les commentaires

---

8 A/CN.9/WG.V/WP.44, notes relatives à l'article 2 c), par. 2.

9 A/CN.9/422, par. 49.

10 Affaire *Stanford International Bank* (en appel), A/CN.9/WG.V/WP.95, par. 27, note de bas de page 32.

additionnels devraient traiter de l'objectif des lois sur l'insolvabilité, à savoir éviter ou traiter les difficultés financières, et des autres objectifs qui ne répondraient pas à la définition.

**c) Contrôle ou surveillance des biens et affaires du débiteur par un tribunal étranger** (A/CN.9/WG.V/WP.95, par. 30 à 35)

29. On rappellera que le Guide pour l'incorporation indique que les procédures étrangères incluent des procédures dans lesquelles le débiteur conserve un certain contrôle sur ses biens, même s'il est soumis à la supervision d'un tribunal[11], mais ne précise pas le degré de contrôle ou de surveillance requis pour satisfaire la définition, ni le moment où cette surveillance ou ce contrôle doivent commencer. D'après les documents préparatoires, cette formulation a été adoptée pour souligner la nature officielle de l'exigence de contrôle ou de surveillance et préciser que "les accords privés d'aménagement financier qui pouvaient être passés par les parties hors de toute procédure judiciaire ou administrative [et qui] pouvaient prendre toute une série de formes"[12] ne se prêtaient pas à une inclusion dans une règle générale sur la reconnaissance.

30. Dans certaines affaires où cette condition a été examinée, le juge a conclu que tant les biens que les affaires du débiteur devaient être soumis au contrôle ou à la surveillance des tribunaux; que la participation du tribunal à un stade ultérieur de la procédure, par exemple après l'approbation d'un plan de redressement par les créanciers, suffisait à établir le degré de contrôle requis pour la reconnaissance; et qu'il suffisait que la loi pertinente ait prévu une possibilité de contrôle, même si en l'espèce il n'y avait en fait aucun contrôle.

31. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si cette question devrait être approfondie afin de mettre l'accent sur certains des moyens par lesquels le tribunal peut contrôler ou surveiller les biens et les affaires du débiteur et sur les moments où il pouvait le faire de manière à satisfaire à la définition de l'article 2 a). Cet examen, qui pourrait s'ajouter aux paragraphes 67 et 68 du Guide pour l'incorporation, pourrait traiter des points suivants:

a) Les différents types de procédure, tels que la procédure accélérée, où le tribunal intervient à un stade ultérieur;

b) Le degré de supervision ou de contrôle requis, et s'il doit être effectif ou juste possible. Par exemple, y a-t-il lieu d'exiger un contrôle effectif ou une surveillance effective des biens et affaires du débiteur par le tribunal ou suffirait-il que le tribunal puisse superviser le représentant de l'insolvabilité, celui-ci étant chargé de surveiller des biens et affaires du débiteur?

c) Si ce contrôle ou cette supervision doit être effectif au moment de la demande de reconnaissance, compte tenu par exemple des cas où la demande de reconnaissance est faite à un stade avancé de la procédure, par exemple après l'approbation d'un plan de redressement, lorsque le tribunal n'intervient plus.

---

[11] Guide pour l'incorporation, par. 24.

[12] A/CN.9/419, par. 29.

## B. Reconnaissance

### 1. Procédure principale et non principale (A/CN.9/WG.V/WP.95/Add.1, par. 1 à 3)

32. L'article 17 de la Loi type prévoit qu'une procédure étrangère au sens de l'alinéa a) de l'article 2 est reconnue soit comme procédure étrangère principale, soit comme procédure étrangère non principale.

33. À sa session précédente, le Groupe de travail est convenu qu'il était clair que la Loi type prévoyait seulement la reconnaissance de deux types de procédures: procédure principale et procédure non principale. Les procédures ne relevant d'aucune de ces deux catégories ne pouvaient être reconnues, comme l'indique le Guide pour l'incorporation de la Loi type. Le paragraphe 128, par exemple, confirme que la Loi type n'envisage pas la reconnaissance d'une procédure ouverte dans un État dans lequel le débiteur a des biens mais n'a pas d'établissement au sens de l'alinéa c) de l'article 2.

34. Étant donné qu'il y a eu un certain manque de clarté dans l'interprétation de cet aspect de la Loi type, le Groupe de travail voudra peut-être examiner si l'explication fournie aux paragraphes 73 et 128 du Guide pour l'incorporation est suffisante ou si la question devrait être précisée par un commentaire supplémentaire.

### 2. Détermination du centre des intérêts principaux – article 16: Présomptions (A/CN.9/WG.V/WP.95/Add.1, par. 4 à 18)

35. On rappellera que l'article 16 de la Loi type établit une présomption que le tribunal peut invoquer pour déterminer le centre des intérêts principaux. Son paragraphe 3 prévoit que, sauf preuve contraire, le siège statutaire ou, dans le cas d'un particulier, la résidence habituelle du débiteur est présumée être le centre de ses intérêts principaux. Le paragraphe 122 du Guide pour l'incorporation énonce clairement que l'article 16 établit des présomptions permettant au tribunal d'accélérer la présentation de preuves. Ces présomptions n'empêchent toutefois pas un tribunal, conformément au droit procédural applicable, de demander ou d'évaluer d'autres preuves s'il met en doute la conclusion découlant de la présomption ou si une partie intéressée le fait. Il convient peut-être également de noter que le fait de se fonder sur la présomption peut, en l'absence d'examen indépendant par le tribunal de renvoi, faciliter la recherche illégitime du for le plus avantageux.

36. Plusieurs affaires ont soulevé des questions concernant la détermination du centre des intérêts principaux du débiteur et l'interprétation de la présomption visée à l'article 16, en particulier la réfutation de la présomption et les facteurs pertinents à cet égard, notamment dans le cas d'une société débitrice. Les décisions prises, portant notamment sur des affaires relevant du Règlement CE et de la Loi type, sont décrites dans le document A/CN.9/WG.V/WP.95/Add.1, paragraphes 6 à 18.

37. S'agissant de la question du centre des intérêts principaux, le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il conviendrait de mentionner, dans un commentaire supplémentaire, le document intitulé "La Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale: le point de vue du juge", en particulier sa section II.C, qui présente en détail les mesures à prendre dans le processus de reconnaissance. Même si ces informations s'adressent surtout aux juges, elles peuvent cependant s'avérer utiles pour les législateurs.

### 3. Facteurs pertinents pour déterminer le centre des intérêts principaux et réfuter la présomption (A/CN.9/WG.V/WP.95/Add.1, par. 19 à 21)

38. À sa session précédente, le Groupe de travail a examiné les facteurs énumérés au paragraphe 20 du document A/CN.9/WG.V/WP.95/Add.1 et est convenu qu'une liste de facteurs indicatifs aiderait les juges à déterminer le centre des intérêts principaux (A/CN.9/715, par. 41). Différentes vues ont été exprimées quant à l'importance relative des divers facteurs figurant sur cette liste. Il a été proposé que la liste finale soit brève et les facteurs classés par ordre de priorité, mais on a estimé qu'une telle approche pourrait s'avérer indûment restrictive pour les juges.

39. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le paragraphe 127 du Guide pour l'incorporation dispose ce qui suit:

> "Il n'est pas souhaitable d'utiliser plus d'un critère pour classer une procédure étrangère dans la catégorie des procédures principales et de prévoir que sur la base de l'un quelconque de ces critères une procédure peut être réputée principale. Cette 'multiplicité' des critères risquerait d'entraîner des demandes concurrentes de reconnaissance de procédures étrangères comme procédure principale."

En examinant l'utilisation d'une liste de facteurs pertinents pour déterminer le centre des intérêts principaux, le Groupe de travail voudra peut-être envisager la manière de préciser que l'intention n'est pas de fournir plusieurs critères mais plutôt des orientations sur la manière dont le seul critère, à savoir le centre des intérêts principaux, doit être interprété.

40. Une question que le Groupe de travail devra d'abord examiner est celle de l'objet d'une liste de facteurs, par exemple s'il s'agit:

a) D'informer les juges et les autres utilisateurs de la Loi type des divers facteurs qui pourraient être pris en compte pour déterminer le centre des intérêts principaux (ou l'ont été); ou

b) De déterminer et de limiter les facteurs à examiner, c'est-à-dire sous forme de recommandation.

41. Si la première approche est retenue, la liste pourrait figurer dans un commentaire supplémentaire, avec quelques améliorations d'ordre rédactionnel, telle qu'elle apparaît au paragraphe 20 du document A/CN.9/WG.V/WP.95/Add.1. Le commentaire pourrait indiquer que certains de ces facteurs pourraient être jugés plus importants que d'autres, mais que tous pourraient être examinés, en fonction des faits de l'espèce. Il pourrait par exemple préciser que: f) le lieu à partir duquel le financement est organisé ou autorisé ou le lieu où se trouve la principale banque de la société débitrice n'est important que si la banque contrôle le débiteur; que k) le lieu où se trouvent les employés pourrait être important si les employés peuvent être de futurs créditeurs, mais moins si l'on considère que la protection des employés est plus une question de protection des droits des parties intéressées, non pertinente pour déterminer le centre des intérêts principaux et, en tout état de cause, traitée à l'article 22 de la Loi type; et que e) l'État dont la législation s'applique à la plupart des litiges n'est pas un facteur suffisamment important pour être déterminant, et qu'il peut dans tous les cas s'agir d'un État sans rapport avec le lieu où le débiteur a travaillé pour le compte d'autrui ou pour lui-même, facteurs jugés

tous deux plus importants que e). Cette explication pourrait figurer par exemple après le paragraphe 126 du Guide pour l'incorporation.

42. Si la deuxième approche est retenue, il convient d'examiner d'abord la forme du texte définitif que devra adopter le Groupe de travail et de se demander s'il serait souhaitable d'y inclure des recommandations. Se posera ensuite la question du style d'une éventuelle recommandation. On rappellera que le Guide législatif utilise plusieurs styles de recommandations, par exemple qu'une loi sur l'insolvabilité devrait adopter une approche spécifique, parfois très détaillée, ou, sans plus de détail, qu'une question précise devrait être régie par la loi sur l'insolvabilité. S'agissant des facteurs énumérés au paragraphe 20 du document A/CN.9/WG.V/WP.95/Add.1, il pourrait être recommandé par exemple que les facteurs clefs à prendre en compte soient a) le lieu du siège de la société débitrice, de son agence centrale ou de son "centre névralgique"; b) le lieu où se trouve la direction de la société débitrice; et m) le lieu que les créanciers reconnaissent comme étant le centre des opérations de la société. La recommandation pourrait également indiquer que même si d'autres facteurs peuvent être pertinents dans des cas précis, il convient de les considérer comme secondaires et de les examiner uniquement dans la mesure où ils se rapportent aux trois facteurs susmentionnés et les corroborent.

43. Quelle que soit l'approche adoptée concernant cette question, il pourrait être utile pour les utilisateurs de la Loi type que les facteurs énumérés soient expliqués plus en détail, avec par exemple des informations sur les circonstances dans lesquelles chacun pourrait être important ou s'est avéré l'être, sans renvoyer à une affaire ou à un pays particuliers.

44. Étant donné que la présomption de l'article 16-3 à l'égard d'un débiteur autonome concerne sa résidence habituelle, le Groupe de travail voudra peut-être examiner si des facteurs précis devraient être identifiés pour réfuter cette partie de la présomption. Ces facteurs ne se rapporteraient qu'à la résidence habituelle de personnes physiques et n'influeraient pas sur la détermination du centre des intérêts principaux des personnes morales. À cet égard, il convient de noter qu'une personne physique peut facilement se déplacer, mais qu'une personne morale peut plus difficilement le faire. On peut y voir dans certaines circonstances un comportement opportuniste et dans d'autres cas un désir de bénéficier d'un régime d'insolvabilité plus favorable, plus enclin au redressement qu'à la liquidation.

### 4. Effet de la reconnaissance du centre des intérêts principaux

45. Le Guide pour l'incorporation de la Loi type dispose que les effets de la reconnaissance d'une procédure comme procédure principale ou non principale sont liés à l'octroi de mesures. Il ne traite pas d'autres implications de cette reconnaissance, comme le fait que le droit du lieu où se trouve le centre des intérêts principaux peut être le droit applicable à de nombreux aspects de la procédure, comme le prévoit la recommandation 31 du Guide législatif. Des exemples de ces autres effets rencontrés dans la pratique, comme dans les affaires Lehman Brothers, peuvent illustrer utilement ces questions.

46. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si les effets de la reconnaissance devraient être examinés plus en détail dans un commentaire ou des orientations supplémentaires.

**5. Impact de la fraude** (A/CN.9/WG.V/WP.95/Add.1, par. 22 à 25)

47. Comme indiqué dans le précédent document de travail, plusieurs affaires ont donné lieu à un examen de l'impact de la fraude. Les tribunaux saisis de ces affaires ont examiné dans quelle mesure la fraude pouvait influer sur la détermination du centre des intérêts principaux lorsque le lieu d'immatriculation était simplement un prétexte et qu'aucune activité commerciale n'y était menée. Une des solutions proposées était de s'intéresser au lieu où la fraude était commise.

48. À sa session précédente, le Groupe de travail examinant l'impact de la fraude, est convenu que cette question devrait être examinée plus avant (A/CN.9/715, par. 43). Il voudra peut-être reprendre cet examen sur la base des documents fournis précédemment.

**6. Date à retenir pour déterminer le centre des intérêts principaux** (A/CN.9/WG.V/WP.95/Add.1, par. 26 à 36)

49. On rappellera que dans plusieurs affaires jugées en vertu de la Loi type et du Règlement CE, le débiteur s'était déplacé d'un pays à un autre juste avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. La Loi type n'envisage pas cette éventualité, et ne donne aucune indication concernant la date à retenir pour déterminer le centre des intérêts principaux, si ce n'est le temps employé à l'alinéa a) de l'article 17, qui dispose que la procédure étrangère est reconnue en tant que procédure étrangère principale si "elle *a lieu* dans l'État où le débiteur a le centre de ses intérêts principaux" (*italiques ajoutés*).

**a) Affaires jugées en vertu de la Loi type**

50. Dans les affaires jugées en vertu de la Loi type et portant sur cette question, plusieurs tribunaux ont conclu que:

a) La procédure devait être en cours au moment où la reconnaissance était demandée;

b) Pour qu'elle soit reconnue comme procédure étrangère principale, le centre des intérêts principaux devait se trouver sur le territoire de l'État demandant la reconnaissance au moment de la demande: on ne pouvait accepter une approche opérationnelle consistant à examiner l'histoire du lien entre un débiteur et un État particulier;

c) La détermination du centre des intérêts principaux devait reposer sur des faits existants au moment de la demande de reconnaissance;

d) Une approche fondée sur "l'ensemble des circonstances" ne devait pas être écartée dans certains cas où, par exemple, il pouvait y avoir eu un changement opportuniste du lieu d'immatriculation d'une société afin d'établir le centre des intérêts principaux (par exemple, à la suite d'un délit d'initié, d'une manipulation fâcheuse, d'un rejet manifeste des attentes des tiers ou d'une activité ou d'une motivation tendancieuses).

**b) Affaires jugées en vertu du Règlement CE**

51. Dans plusieurs affaires jugées en vertu du Règlement CE, les tribunaux ont conclu que:

a) Le lieu du centre des intérêts principaux du débiteur devait être déterminé en référence à la date de la demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité;

b) Le centre des intérêts principaux ne pouvait être déplacé si le débiteur se déplaçait après la demande d'ouverture mais avant l'ouverture de la procédure;

c) Le déplacement du lieu d'incorporation pouvait ne pas suffire pour transférer le centre des intérêts principaux d'une société, sauf si des preuves suffisantes pouvaient être avancées pour réfuter la présomption;

d) La date à retenir pour déterminer le centre des intérêts principaux était celle de l'audience de l'ouverture ou une date antérieure en cas de demande de mesures provisoires;

e) La détermination du centre des intérêts principaux devait se fonder sur des faits objectifs et vérifiables.

52. En comparant les approches de la Loi type et du Règlement CE, le Groupe de travail se rappellera qu'en vertu de la Loi type le centre des intérêts principaux est pertinent pour la reconnaissance d'une procédure étrangère existante, tandis qu'en vertu du Règlement CE il est lié au lieu approprié de l'ouverture de la procédure. À sa session précédente, le Groupe de travail est convenu que la date à retenir pour déterminer le centre des intérêts principaux en vertu de la Loi type devrait être celle de la demande initiale d'ouverture de la procédure d'insolvabilité et que cette conclusion devrait figurer dans le texte définitif (A/CN.9/715, par. 45).

53. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si la question du déplacement opportuniste du centre des intérêts principaux juste avant la demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité pourrait être traitée et de quelle manière. Comme indiqué ci-dessus, il peut y avoir des cas où le déplacement relève de la recherche légitime du for le plus favorable visant à trouver par exemple un pays qui propose une procédure d'insolvabilité, telle que redressement, répondant mieux aux besoins du débiteur que la loi de son pays, et d'autres cas où il résulte d'une manipulation. Il convient peut-être d'établir une distinction entre une manipulation donnant à penser qu'il pourrait y avoir une fraude et la fraude sous-jacente évoquée précédemment, lorsque le débiteur n'a pas d'objet commercial légitime.

54. Le commentaire pourrait indiquer par exemple qu'il serait bon que le tribunal examine la question plus attentivement si des éléments indiquent que le centre des intérêts principaux a été déplacé dans de telles circonstances. Il devra peut-être alors examiner l'ensemble des facteurs figurant sur la liste et pas seulement les trois ou quatre facteurs qui pourraient être considérés comme plus importants. Le commentaire pourrait également indiquer que même si la décision du tribunal de renvoi pourrait se fonder sur les conclusions du tribunal dont émane la demande, la décision appartient au tribunal de renvoi et est susceptible de recours.

## C. Groupe d'entreprises

55. À sa session précédente, le Groupe de travail a noté (A/CN.9/715, par. 47 et 48) que de nombreuses affaires jugées en vertu de la Loi type concernaient des groupes d'entreprises et qu'il serait peut-être souhaitable de fournir également des

orientations supplémentaires sur l'interprétation du centre des intérêts principaux en ce qui concerne les groupes d'entreprises. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu de demander au Secrétariat, si les ressources le lui permettaient, de procéder à une étude sur le centre des intérêts principaux des groupes d'entreprises, qu'il examinerait à une session future, et qui traiterait les points suivants: i) discussions menées lors de ses travaux antérieurs sur la troisième partie du Guide législatif; ii) pratique existante en matière de groupes d'entreprises et, dans la mesure du possible; iii) suggestions quant à la portée de travaux futurs.

56. S'agissant de la question i), le Groupe de travail voudra peut-être se rappeler que des documents de travail élaborés en vue des sessions précédentes portaient sur des aspects des groupes d'entreprises et du centre des intérêts principaux – A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.2; A/CN.9/WG.V/WP.76/Add.2; A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.4; et A/CN.9/WG.V/WP.85/Add.1.

57. Même s'il n'est pas possible de reproduire ici les informations fournies dans ces documents, le Groupe de travail voudra peut-être se rappeler les conclusions auxquelles il est parvenu après avoir examiné ces éléments de sa trente et unième session à sa trente-sixième session.

58. À sa trente et unième session, le Groupe de travail est convenu (A/CN.9/618, par. 54) que la difficulté de parvenir à s'entendre sur une définition du centre des intérêts principaux d'un groupe d'entreprises laissait supposer qu'il fallait avant tout faciliter la coordination et la coopération entre les différents tribunaux où une procédure d'insolvabilité pourrait être ouverte contre différents membres d'un groupe d'entreprises, tout en reconnaissant qu'il était souhaitable d'éviter des procédures multiples dans le contexte d'un groupe.

59. À ses trente-deuxième, trente-troisième et trente-quatrième sessions, le Groupe de travail a procédé à un examen limité des questions internationales, visant surtout à définir une marche à suivre et la manière dont les questions pertinentes pourraient être traitées.

60. À sa trente-cinquième session, le Groupe de travail est convenu, d'une manière générale (A/CN.9/666, par. 26 et 27) qu'il serait difficile de parvenir à une définition du centre des intérêts principaux d'un groupe d'entreprises permettant par exemple de limiter l'ouverture d'une procédure parallèle ou de réduire le nombre de lois susceptibles de s'appliquer à des procédures d'insolvabilité ouvertes dans différents États à l'encontre de membres d'un même groupe. En outre, il est convenu qu'il serait également difficile d'utiliser le centre des intérêts principaux d'un groupe pour appliquer le régime de reconnaissance de la Loi type aux groupes d'entreprises. Le Groupe de travail a conclu (A/CN.9/666 par. 32) que la présomption contenue à l'article 16-3 de la Loi type n'était pas directement applicable au contexte des groupes d'entreprises; que l'introduction d'une règle sur le centre des intérêts principaux d'un groupe d'entreprises pourrait être utile pour faciliter la coordination de plusieurs procédures d'insolvabilité concernant les membres de ce groupe; et que cette règle pourrait établir une présomption réfragable inspirée de l'article 16-3 pour déterminer le siège du membre du groupe exerçant le contrôle, les facteurs pertinents pour réfuter cette présomption étant fondés sur ceux exposés aux paragraphes 6 et 13 du document A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.4.

61. À sa trente-sixième session, après un examen plus approfondi de l'idée d'un centre de coordination, l'opinion a été exprimée (A/CN.9/671, par. 18) que

l'identification d'un tel centre dans un groupe d'entreprises comportait un certain nombre de difficultés liées à l'identification du centre des intérêts principaux d'un débiteur autonome. Le problème était notamment de savoir si la décision identifiant un centre de coordination dans un État pourrait être exécutée ou du moins reconnue dans d'autres États, et quel État devrait prendre cette décision. Il a été largement convenu (A/CN.9/671, par. 20) que la décision d'un tribunal désignant un centre de coordination ne devrait pas avoir force obligatoire dans d'autres États.

62. Bien que le maintien d'une recommandation sur le centre de coordination ait recueilli un certain soutien, le Groupe de travail n'a pas été à même de définir pour un tel centre un rôle clair qui renforcerait les recommandations plus générales sur la coordination et la coopération entre les tribunaux et les représentants de l'insolvabilité. Après examen des autres projets de recommandations, le Groupe de travail, revenu à la question du centre de coordination, est convenu (A/CN.9/671, par. 23) de supprimer les projets de recommandations 1 et 2 (qui prévoyaient une présomption pour l'identification du centre de coordination), la désignation d'un centre de coordination étant sans conséquences juridiques en raison de son caractère non contraignant. Il a néanmoins reconnu qu'il était utile de conférer à une seule entité un rôle prépondérant en matière de coopération et est convenu de mentionner dans le commentaire l'importance de confier à une seule entité la fonction de membre coordonnateur. Cette question a ensuite été traitée dans le texte final de la recommandation 250, qui prévoit qu'un des moyens d'assurer la coopération entre représentants de l'insolvabilité peut être notamment d'assigner à l'un d'eux un rôle de coordination.

63. S'agissant du point ii), les études demandées n'ont pu être faites en vue de cette session faute de ressources disponibles. Toutefois, le Groupe de travail voudra peut-être noter qu'on ne saurait dire si la pratique existante concernant les groupes d'entreprises a évolué dans une nouvelle direction laissant entrevoir une solution aux problèmes déjà identifiés par le Groupe de travail en rapport avec le centre des intérêts principaux et les groupes d'entreprises. La pratique récente donne cependant à penser qu'on recourt de plus en plus à la coordination et à la coopération d'une manière correspondant largement aux recommandations figurant à la troisième partie du Guide législatif dans le cadre de procédures internationales multiples concernant des membres de groupes d'entreprises.

64. Compte tenu de ce qui précède, il est difficile de fournir des propositions en réponse à la question du point iii) ci-dessus. Notant en particulier qu'il est généralement convenu que la Loi type ne s'applique pas aux groupes d'entreprises à proprement parler, le Groupe de travail voudra peut-être examiner plus avant s'il conviendrait néanmoins d'inclure dans le commentaire des informations sur la manière dont la Loi type a été appliquée dans le cas de procédures multiples concernant des membres de groupes d'entreprises ou de faire figurer ces informations dans le "point de vue du juge"[13] lorsqu'il sera révisé. Il voudra peut-être aussi examiner comment, à la lumière des informations ci-dessus, la question des groupes d'entreprises et du centre des intérêts principaux pourrait être approfondie.

---

[13] La décision de la Commission sur l'adoption du "point de vue du juge" (A/66/17, par. 200) prévoit que le document soit actualisé de manière à prendre en compte les faits nouveaux en matière d'application et d'interprétation de la Loi type.

## C. Note du Secrétariat sur les obligations et responsabilités des administrateurs et dirigeants d'entreprises dans les procédures d'insolvabilité et mécanismes avant insolvabilité, soumise au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa quarantième session (A/CN.9/WG.V/WP.100)

**[Original: anglais]**

**TABLE DES MATIÈRES**


| | | *Paragraphes* |
|---|---|---|
| | Introduction | 1-4 |
| I. | Travaux futurs | 5-11 |
| | A. Forme que pourraient prendre les principes ou lignes directrices | 8-10 |
| | B. Questions à traiter | 11 |
| II. | Définition des personnes auxquelles incombent les obligations | 12-14 |
| | A. Administrateurs officiellement désignés | 13 |
| | B. Autres personnes | 14 |
| III. | Détermination du moment où les obligations prennent naissance | 15-16 |
| IV. | Identification des personnes auxquelles il doit être rendu compte | 17-19 |
| V. | Détermination de la nature des obligations ou des types d'irrégularités | 20 |
| VI. | Détermination des voies de recours pouvant être invoquées | 21-22 |
| VII. | Questions internationales | 23 |


# Introduction

1. À sa quarante-troisième session, en 2010, la Commission était saisie d'une série de propositions de travaux futurs sur le droit de l'insolvabilité (A/CN.9/WG.V/WP.93 et Add.1 à 6 et A/CN.9/582/Add.6). Ces propositions avaient été examinées par le Groupe de travail V à sa trente-huitième session (voir A/CN.9/691, par. 99 à 107) et une recommandation concernant les sujets possibles avait été présentée à la Commission (A/CN.9/691, par. 104). Un document supplémentaire (A/CN.9/709) complétant la proposition faite par la Suisse dans le document A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.5 avait été présenté après cette session.

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

harmonisation des approches nationales sur ces thèmes permettrait de gagner en sécurité et prévisibilité.

3. La présente note porte sur le second sujet, proposé par le Royaume-Uni (A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.4), INSOL International (A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.3) et l'International Insolvency Institute (A/CN.9/582/Add.6), qui concerne les obligations et les responsabilités des administrateurs et dirigeants d'entreprises dans les procédures d'insolvabilité et mécanismes avant insolvabilité[1]. Compte tenu des préoccupations exprimées au cours d'une discussion approfondie, la Commission est convenue que les travaux sur ce thème devraient porter uniquement sur les obligations et les responsabilités découlant de l'insolvabilité et n'engloberaient pas des questions de responsabilité pénale ni des domaines essentiels du droit des sociétés.

4. La présente note se fonde sur le document établi pour la trente-neuvième session du Groupe de travail (A/CN.9/WG.V/WP.96), énonce les conclusions auxquelles le Groupe de travail est parvenu à cette session (voir A/CN.9/715) et soulève des questions supplémentaires qui pourraient être examinées.

# I. Travaux futurs

5. Le paragraphe 15 du document A/CN.9/WG.V/WP.96 évoquait les difficultés liées à l'harmonisation des législations relatives aux obligations et aux responsabilités des administrateurs et dirigeants d'entreprises dans le contexte de l'insolvabilité. Le Groupe de travail a reconnu ces difficultés et estimé qu'il fallait veiller, en examinant ce sujet, à ne pas interférer avec le droit des sociétés ou d'autres branches du droit civil ou du droit pénal (A/CN.9/715, par. 66). Néanmoins, il est convenu que des orientations sur ce sujet seraient les bienvenues (A/CN.9/715, par. 67). L'objectif serait de faire en sorte que, lorsqu'une société se trouve proche de l'insolvabilité, ses dirigeants soient incités à prendre des mesures appropriées et rapides pour préserver la valeur de la société, plutôt qu'à attendre l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Ces mesures d'incitation seraient contrebalancées par des mesures allant jusqu'à la mise en cause de la responsabilité personnelle des dirigeants en cas d'inaction.

6. Les propositions visées dans le document A/CN.9/WG.V/WP.96 permettent de penser qu'il devrait être possible de cristalliser, à partir de régimes de l'insolvabilité efficaces, des principes fondamentaux ou des lignes directrices qui devraient se retrouver dans les devoirs des administrateurs et des dirigeants dans le cas d'insolvabilité. Le Groupe de travail a noté (A/CN.9/715, par. 62) que le type d'indications qui pourrait être donné devrait être de nature descriptive plutôt que normative ou prescriptive et qu'on éviterait toute interférence avec les questions de droit des sociétés.

7. Les questions suivantes pourraient être examinées: la forme que pourraient prendre des principes ou des lignes directrices et les sujets qui pourraient être abordés.

---

[1] Le premier sujet, concernant le centre des intérêts principaux et certaines questions connexes, fait l'objet des documents A/CN.9/WG.V/WP.95 et Add.1. et A/CN.9/WG.V/WP.99.

## A. Forme que pourraient prendre les principes ou lignes directrices

8. En examinant la forme que pourraient prendre les principes ou lignes directrices, le Groupe de travail voudra peut-être se rappeler l'approche adoptée dans le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité (le Guide législatif), qui consistait à examiner en détail, dans le commentaire, nombre des questions relatives à l'instauration d'un régime de l'insolvabilité effectif et efficace et, à partir de là, à formuler un ensemble de recommandations législatives portant sur les points principaux. Toutes les questions abordées dans le commentaire ne font pas l'objet d'une recommandation. De manière générale, un commentaire relatif aux obligations des dirigeants pourrait donner aux États des indications quant aux circonstances dans lesquelles la responsabilité personnelle des administrateurs pourrait se trouver engagée, tout en reconnaissant les inconvénients que pourraient avoir des règles excessivement draconiennes et les menaces qu'elles pourraient constituer pour l'esprit d'entreprise. Comme l'a noté le Groupe de travail (A/CN.9/715, par. 108), il serait essentiel d'instaurer un juste équilibre entre la promotion d'un comportement approprié et l'empêchement d'une insolvabilité prématurée.

9. Pour ce qui est de la portée des principes ou des lignes directrices, le Groupe de travail voudra peut-être se rappeler la multitude d'approches adoptées dans le Guide législatif, qui contient tant des recommandations fondamentales qui mentionnent un sujet devant être traité dans la loi sur l'insolvabilité, que des recommandations précises détaillant la manière dont ladite loi doit traiter le sujet en question. Les principes ou lignes directrices relatifs aux obligations des dirigeants pourraient adopter la première approche, plus générale, c'est-à-dire énoncer la question à traiter et la manière dont elle pourrait être abordée avec, le cas échéant, des variantes. Le commentaire pourrait fournir des informations de base et des précisions sur le sujet en question, comme dans le cas du Guide législatif.

10. Une telle approche serait similaire à l'approche suivie dans les Principes de l'OCDE, comme il est noté au paragraphe 15 du document A/CN.9/WG.V/WP.96, qui pourrait servir de base de travail:

> "Il n'existe pas de modèle unique de bon gouvernement d'entreprise. Néanmoins, les travaux réalisés [...] ont permis de dégager certains éléments communs qui sont au fondement d'un bon gouvernement d'entreprise. Les Principes s'appuient sur ces éléments communs et sont énoncés de façon à couvrir les différents modèles existants.
>
> Les Principes de gouvernement d'entreprise n'ont pas de caractère contraignant et ne contiennent pas de prescriptions détaillées devant être reprises dans chaque législation nationale; ils proposent plutôt certains objectifs ou résultats et suggèrent diverses manières de les atteindre. Leur ambition est de servir de référence. Ils peuvent être utilisés par les autorités chargées d'étudier et d'élaborer un cadre juridique et réglementaire de gouvernement d'entreprise qui tienne compte des conditions économiques, sociales, juridiques et culturelles propres à chaque pays. Ils peuvent l'être

également par les intervenants sur le marché lorsqu'ils définissent les pratiques qu'ils entendent adopter."[2]

### B. Questions à traiter

11. Les principes ou lignes directrices pourraient traiter les questions suivantes:

a) Définition des personnes auxquelles incombent les obligations;

b) Détermination du moment où les obligations prennent naissance;

c) Identification des personnes auxquelles il doit être rendu compte;

d) Détermination de la nature des obligations ou des types d'irrégularités devant être sanctionnées;

e) Détermination des voies de recours pouvant être invoquées;

f) Questions internationales.

## II. Définition des personnes auxquelles incombent les obligations

12. Le Groupe de travail est convenu que, pour commencer, il conviendrait d'inclure les administrateurs officiellement désignés, qu'il s'agisse de personnes physiques ou morales. Pour ce qui est d'autres personnes, telles que des administrateurs de fait ou occultes et diverses autres personnes en position d'influence (un certain nombre de possibilités ont été recensées), il a été convenu qu'il vaudrait peut-être mieux adopter une approche axée sur la finalité plutôt que d'utiliser des termes tels que "de fait" ou "occultes" (A/CN.9/715, par. 69). Le Groupe de travail est convenu qu'il faudrait examiner plus avant la question de savoir si ce groupe de personnes devrait comprendre non seulement les administrateurs mais aussi d'autres personnes ayant une influence (A/CN.9/715, par. 72).

### A. Administrateurs officiellement désignés

13. Compte tenu de ce qui précède, le point de départ pour tout ensemble de principes ou lignes directrices en la matière pourrait être que les obligations incombent aux administrateurs officiellement désignés, qu'il s'agisse de personnes physiques ou morales. Les principes pourraient comprendre une déclaration générale à cet effet, ou suivre une approche similaire à celle des Principes de l'OCDE, qui prévoient que les obligations incombent aux membres officiellement désignés de tout organe ayant compétence pour présider aux destinées d'une entreprise et en surveiller la gestion. S'il est nécessaire de citer des exemples de ces compétences, il peut être fait référence à d'autres textes, tels que les Principes de l'OCDE, où elles sont décrites plus en détail.

---

[2] Principes de l'OCDE, p. 14.

### B. Autres personnes

14. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la question de savoir si d'autres personnes devraient être incluses dans le champ d'application des principes, en se fondant sur les éléments figurant aux paragraphes 19 à 23 du document A/CN.9/WG.V/WP.96 et sur les débats tenus à la trente-neuvième session (A/CN.9/715, par. 69 à 71). Une solution consisterait par exemple à indiquer dans le commentaire, plutôt que dans une déclaration de principe, les autres types de personnes auxquelles peuvent également incomber de telles obligations en se fondant, par exemple, sur les paragraphes 19 à 21 du document A/CN.9/WG.V/WP.96.

## III. Détermination du moment où les obligations prennent naissance

15. Le Groupe de travail est convenu que les obligations prendraient naissance lorsque le débiteur était devenu insolvable ou était sur le point de le devenir, situation qualifiée de "quasi-insolvabilité", même si elles ne pourraient être exécutées qu'une fois que la procédure d'insolvabilité avait été ouverte. Il a été noté que le moment où les obligations prenaient naissance devait être celui où les administrateurs auraient dû savoir qu'il n'existait aucune possibilité raisonnable d'éviter la liquidation pour insolvabilité (A/CN.9/715, par. 81).

16. Comme le Groupe de travail a reconnu que les obligations pouvaient prendre naissance avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, il est nécessaire de définir ce qui constitue le moment où elles prennent naissance, éventuellement en relation avec la situation d'"insolvabilité". Les paragraphes 23 à 30 et les recommandations 15 et 16 du premier chapitre de la deuxième partie du Guide législatif, qui énoncent les critères d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, y compris l'insolvabilité imminente, pourraient constituer un point de départ pour la discussion (voir aussi le document A/CN.9/WG.V/WP.96, par. 49 à 53).

## IV. Identification des personnes auxquelles il doit être rendu compte

17. Le Groupe de travail a soulevé un certain nombre de questions, concernant notamment la pertinence du moment où l'obligation devait être prise en considération (par exemple au début de l'insolvabilité ou après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité); la question de savoir si les obligations étaient dues à l'ensemble des créanciers ou à la masse de l'insolvabilité (une approche dont il a été dit qu'elle était compatible avec le Guide législatif, et qu'elle donnerait lieu à une démarche pratique, fondée sur l'identification des bénéficiaires potentiels d'une action en recouvrement); et le traitement de la question dans le contexte des groupes d'entreprises.

18. Compte tenu de la décision mentionnée au point III ci-dessus concernant le moment où les obligations prennent naissance, il semblerait que les obligations ne soient pas seulement dues à la masse de l'insolvabilité, celle-ci n'étant formée qu'à

l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Toutefois, si les obligations ne peuvent être exécutées qu'après l'ouverture de la procédure, la masse de l'insolvabilité sera peut-être le bénéficiaire pertinent et le représentant de l'insolvabilité la personne la mieux à même d'exécuter ces obligations. Les différentes possibilités ont été examinées au paragraphe 33 du document A/CN.9/WG.V/WP.96.

19. Le Groupe de travail est convenu de poursuivre ses délibérations à une prochaine session, en se fondant sur les discussions tenues à sa trente-neuvième session (A/CN.9/715, par. 73 à 79).

## V. Détermination de la nature des obligations ou des types d'irrégularités

20. Le Groupe de travail est convenu de consacrer ses prochaines délibérations à la définition des mesures qu'il faudrait prendre pour exécuter une obligation liée à une faute de gestion (A/CN.9/715, par. 91). Les paragraphes 58 à 60 du document A/CN.9/WG.V/WP.96 contiennent une introduction à la législation relative aux fautes de gestion.

## VI. Détermination des voies de recours pouvant être invoquées

21. Il a été généralement convenu que le représentant de l'insolvabilité aurait normalement le droit d'exécuter l'obligation en question (A/CN.9/715, par. 97); et que les dispositions relatives à l'insolvabilité ne devaient pas nier le droit d'autres personnes d'intenter une action en cas de manquement lorsque ce droit était conféré par d'autres branches du droit (droit civil, droit des sociétés ou droit de la responsabilité délictuelle) (A/CN.9/715, par. 98).

22. Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer si, compte tenu de ce qu'il aura décidé s'agissant du moment où les obligations sont exécutées et des droits d'autres personnes d'intenter une action en cas de manquement, il faudrait indiquer quelles autres parties pourraient avoir le droit d'intenter une telle action au cas où le représentant de l'insolvabilité ne l'aurait pas fait. Il voudra peut-être aussi déterminer si ces indications devraient traiter de questions telles que le paiement des frais lorsque l'action intentée par le représentant de l'insolvabilité n'aboutit pas.

## VII. Questions internationales

23. Le Groupe de travail est convenu d'examiner à une session future un certain nombre de questions soulevées (loi applicable, accès à une juridiction étrangère pour intenter une action en responsabilité, applicabilité des moyens de défense utilisés dans un pays à une procédure menée dans un autre) (A/CN.9/715, par. 109).

## D. Proposition d'une définition de "centre des intérêts principaux" (articles 2 b) et 16-3 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale) présentée par les délégations espagnole et mexicaine et l'Union internationale des avocats (UIA), soumise au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa quarantième session (A/CN.9/WG.V/WP.101)

**[Original: anglais, espagnol et français]**

1. Le centre des intérêts principaux est le lieu où le débiteur exerce son activité [économique] principale habituellement et d'une façon vérifiable par des tiers [ayant un lien suffisant avec l'État où la procédure d'insolvabilité a été ouverte].

2. Sauf preuve contraire, le centre des intérêts principaux est présumé être le siège statutaire, ou, dans le cas d'une personne physique, la résidence habituelle du débiteur.

3. Le tribunal peut écarter cette présomption lorsqu'il résulte clairement de l'ensemble des circonstances que le centre des intérêts principaux du débiteur se trouve dans un autre État [ou présente des liens plus étroits avec un autre État].

4. Parmi ces circonstances à considérer par le tribunal, se trouvent, notamment:

- Le lieu où se trouve la direction de la société débitrice ou le lieu où se trouvent ceux qui la gèrent effectivement ou le lieu où se trouve sa direction opérationnelle;
- Le lieu où se trouvent les principaux actifs et/ou les principaux créanciers du débiteur;
- Le lieu à partir duquel sont gérés la politique d'achat, le personnel, la comptabilité ou la trésorerie;
- [...]

## E. Rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de sa quarante et unième session (New York, 30 avril-4 mai 2012) (A/CN.9/742)

**[Original: anglais]**

**TABLE DES MATIÈRES**


| | | *Paragraphes* |
|---|---|---|
| I. | Introduction | 1-3 |
| II. | Organisation de la session | 4-10 |
| III. | Délibérations et décisions | 11 |
| IV. | Interprétation et application de certains concepts de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale en rapport avec le centre des intérêts principaux | 12-72 |
| | A. Objet et origine de la Loi type | 14-15 |
| | B. Objet du Guide et interprétation | 16 |
| | C. La Loi type, instrument d'harmonisation des lois | 17 |
| | D. Principales caractéristiques de la Loi type | 18-22 |
| | E. Observations par article | 23-72 |
| V. | Obligations des administrateurs de sociétés lorsque la société est sur le point d'être insolvable | 73-101 |
| | A. Introduction | 74 |
| | B. Objet des dispositions législatives | 75 |
| | C. Contenu des dispositions législatives | 76-98 |
| | D. Objet des dispositions législatives | 99-100 |
| | E. Commentaire | 101 |
| VI. | Assistance technique | 102-104 |


# I. Introduction

1. À sa quarante-troisième session, en 2010, la Commission était saisie d'une série de propositions de travaux futurs sur le droit de l'insolvabilité (A/CN.9/WG.V/WP.93 et Add.1 à 6 et A/CN.9/582/Add.6). Ces propositions avaient été examinées par le Groupe de travail V à sa trente-huitième session (voir A/CN.9/691, par. 99 à 107) et une recommandation concernant les sujets possibles avait été présentée à la Commission (A/CN.9/691, par. 104). Un document supplémentaire (A/CN.9/709) complétant la proposition faite par la Suisse dans le document A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.5 avait été présenté après cette session.

2. À l'issue de la discussion, la Commission avait fait sienne la recommandation du Groupe de travail V selon laquelle des travaux devraient être entamés sur trois thèmes relatifs à l'insolvabilité: a) l'interprétation et l'application de certains concepts de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale en rapport avec le centre des intérêts principaux; b) les obligations et responsabilités des administrateurs et dirigeants d'entreprises dans les procédures d'insolvabilité et mécanismes avant insolvabilité, deux thèmes actuellement importants; et c) les aspects judiciaires de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale. À sa quarante-quatrième session, en 2011, la Commission a finalisé et adopté le texte intitulé "Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale: le point de vue du juge".

3. À sa trente-neuvième session, en 2010, le Groupe de travail V a commencé à examiner ces trois thèmes en se fondant sur des notes établies par le Secrétariat (A/CN.9/WG.V/WP.95 et Add.1 et A/CN.9/WG.V/WP.96). Ses décisions et conclusions sont présentées dans le document A/CN.9/715. Le Groupe de travail a poursuivi sa discussion des thèmes a) et b) à sa quarantième session, en 2011, en se fondant sur des notes établies par le Secrétariat (A/CN.9/WG.V/WP.99, 100 et 101).

# II. Organisation de la session

4. Le Groupe de travail V, qui se composait de tous les États membres de la Commission, a tenu sa quarante et unième session à New York du 30 avril au 4 mai 2012. Y ont assisté des représentants des États membres suivants: Allemagne, Autriche, Bénin, Cameroun, Canada, Chili, Chine, Colombie, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Inde, Iran (République islamique d'), Israël, Italie, Japon, Kenya, Malaisie, Mexique, Nigéria, Norvège, Ouganda, Paraguay, Philippines, Pologne, République de Corée, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Singapour, Thaïlande, Ukraine et Venezuela (République bolivarienne du).

5. Ont assisté à la session les observateurs des États ci-après: Belgique, Croatie, Danemark, Indonésie, Iraq, Koweït, Lituanie, Madagascar et Suisse.

6. Ont également assisté à la session des observateurs du Saint-Siège et de l'Union européenne.

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 intergouvernementales invitées*: Communauté des Caraïbes (CARICOM);

c) *Organisations non gouvernementales internationales invitées*: American Bar Association (ABA), American Bar Foundation (ABF), Association européenne des étudiants en droit (ELSA), Association internationale du barreau (AIB), Association of the Bar of the State of New York, Business Recovery and Insolvency Practitioners Association of Nigeria (BRIPAN), INSOL International (INSOL), International Credit Insurance and Surety Association (ICISA), International

Insolvency Institute (III), International Women's Insolvency and Restructuring Confederation (IWIRC), Inter-Pacific Bar Association (IPBA) et Union internationale des avocats (UIA).

8. Le Groupe de travail a élu le Bureau suivant:

*Président*: M. Wisit Wisitsora-At (Thaïlande)

*Rapporteuse*: M^me^ Diana Lucia Talero Castro (Colombie)

9. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants:

a) Ordre du jour provisoire annoté (A/CN.9/WG.V/WP.102);

b) Note du Secrétariat sur l'interprétation et l'application de certains concepts de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale en rapport avec le centre des intérêts principaux (A/CN.9/WG.V/WP.103 et Add.1);

c) Note du Secrétariat sur les obligations des administrateurs de sociétés lorsque la société est sur le point d'être insolvable (A/CN.9/WG.V/WP.104); et

d) Proposition de la délégation des États-Unis d'Amérique (A/CN.9/WG.V/WP.105).

10. Le Groupe de travail a adopté l'ordre du jour suivant:

1. Ouverture de la session.
2. Élection du Bureau.
3. Adoption de l'ordre du jour.
4. Examen a) de l'interprétation et de l'application de certains concepts de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale en rapport avec le centre des intérêts principaux; et b) des obligations des administrateurs de sociétés lorsque la société est sur le point d'être insolvable.
5. Questions diverses.
6. Adoption du rapport.

# III. Délibérations et décisions

11. Le Groupe de travail a débattu des sujets suivants: a) élaboration d'orientations sur l'interprétation et l'application de certains concepts de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale en rapport avec le centre des intérêts principaux; et b) obligations des administrateurs de sociétés lorsque la société est sur le point d'être insolvable, en se fondant sur les documents A/CN.9/WG.V/WP.103 et Add.1, A/CN.9/WG.V/WP.104 et A/CN.9/WG.V/WP.105. Il est rendu compte ci-après de ses délibérations et décisions sur ces points.

# IV. Interprétation et application de certains concepts de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale en rapport avec le centre des intérêts principaux

12. Le Groupe de travail a commencé sa session par un examen des modifications qu'il est proposé d'apporter au Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, contenues dans les documents A/CN.9/WG.V/WP.103 and Add.1, et des propositions figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.105.

13. Il a approuvé le réagencement du texte et pris note de l'emplacement et du contenu des paragraphes pour lesquels aucune modification n'était proposée.

## A. Objet et origine de la Loi type

14. Le Groupe de travail est convenu de conserver la référence aux graves problèmes financiers au paragraphe 1 et dans l'ensemble du Guide pour l'incorporation. Il a également été convenu de conserver au paragraphe 3 l'expression "cadre de coopération", préférable à l'expression "point de contact". Il a été convenu en outre que la Loi type était plus que simplement "utile" et qu'un qualificatif plus fort devrait être utilisé au début du paragraphe 3A.

15. Le reste du texte des paragraphes 1 à 3A, 13, 18 et 4 à 6 a été adopté quant au fond.

## B. Objet du Guide et interprétation

16. Le texte des paragraphes 9 et 10 a été adopté quant au fond.

## C. La Loi type, instrument d'harmonisation des lois

17. Le texte des paragraphes 12, 20 et 21 a été adopté quant au fond.

## D. Principales caractéristiques de la Loi type

### 1. Accès

18. Le Groupe de travail est convenu de supprimer de la troisième phrase du paragraphe 49B le membre de phrase "pour laquelle une reconnaissance n'est pas exigée". Le reste du texte des paragraphes 49A à D a été adopté quant au fond.

### 2. Reconnaissance

19. Il a été suggéré de mentionner dans le passage sur la reconnaissance l'exigence de l'article 2 selon laquelle la procédure étrangère devait être une procédure collective, en renvoyant aux commentaires sur l'article 2 (par. 23B, 24 et 24A). Cette suggestion a été appuyée. Le reste du texte des paragraphes 37A à F a été adopté quant au fond.

### 3. Mesures

20. Le texte des paragraphes 37G et H, 32 et 33A a été adopté quant au fond.

### 4. Coopération et coordination

21. Le Groupe de travail a approuvé l'ajout au paragraphe 33B de l'éclaircissement figurant au paragraphe 173A, comme il était proposé dans la note qui lui était adressée. Le reste du texte des paragraphes 33B et C a été adopté quant au fond.

22. Le texte des paragraphes 33D à G a été adopté quant au fond.

## E. Observations par article

### 1. Préambule

23. Le texte des paragraphes 54, 51, 51A, 52 et 56 a été adopté quant au fond. Le Groupe de travail est convenu que pour éviter de restreindre inutilement l'application de la Loi type, le Guide pour l'incorporation ne devrait pas traiter des types de débiteurs visés.

### 2. Dispositions générales – articles 1 à 8

*Article premier. Champ d'application*

24. Le texte des paragraphes 57 et 59 a été adopté quant au fond.

*Article 2. Définitions*

25. Le Groupe de travail a adopté quant au fond le texte des paragraphes 67 à 68A, 71, 23 et 23A, en remplaçant dans le texte anglais, au paragraphe 23A, le mot "troubled" par le mot "distressed".

*Alinéa a) – procédure collective*

26. Le Groupe de travail a examiné les paragraphes 23B, 24 et 24A en même temps que la proposition figurant au paragraphe 8 du document A/CN.9/WG.V/WP.105. On s'est généralement accordé à dire qu'il serait bon de fournir d'autres indications sur ce que recouvrait une "procédure collective" aux fins de la Loi type et que les éléments mentionnés au paragraphe 8 en exprimaient l'essence. Cependant, plusieurs préoccupations ont été exprimées concernant le libellé proposé, qui pourrait restreindre les types de procédure relevant de la Loi type. Il a été observé qu'aux alinéas a) et c), il pourrait être question de créanciers "lésés" et non de "tous les" créanciers, que l'idée de notifier "suffisamment longtemps à l'avance" n'était peut-être pas assez précise et que toutes les créances ne seraient pas nécessairement soumises au remboursement proportionnel; qu'en ne prévoyant que la participation à l'administration des actifs, l'alinéa b) était trop restrictif et qu'il serait peut-être indiqué d'y faire référence à la participation des créanciers aux fins de protéger leurs intérêts légitimes, et que l'expression "participer de manière significative" n'était pas claire; et que l'alinéa d) devrait faire référence à "tous" les actifs et passifs "pour l'essentiel".

27. La solution retenue au paragraphe 23B, qui énonce le principe de base mais permet de la souplesse, a été appuyée. Après discussion, il a été dit que le paragraphe 23B pourrait être complété par des éléments tirés du paragraphe 8.

28. Le Groupe de travail a examiné une proposition inspirée du texte du paragraphe 8 du document A/CN.9/WG.V/WP.105, libellée comme suit:

> "Remplacer le paragraphe 23B par les deux paragraphes ci-après:
>
> 23B. Pour pouvoir prétendre à des mesures en vertu de la Loi type, une procédure doit être collective. Il en est ainsi parce que la Loi type vise à fournir un instrument en vue de parvenir à une solution coordonnée et générale pour l'ensemble des parties prenantes d'une procédure d'insolvabilité. La Loi type n'est pas censée être un mécanisme de recouvrement au bénéfice d'un créancier isolé ou d'un groupe de créanciers qui auraient engagé une procédure de recouvrement dans un autre pays. Elle n'est pas censée non plus constituer un moyen de rassembler des biens dans le cadre d'une procédure de liquidation ordinaire si celle-ci ne prévoit pas aussi de traiter les demandes des créanciers. Il existe aussi certains types de mesures pouvant avoir une fonction réglementaire, comme le règlement judiciaire pour des entités régies par les pouvoirs publics, telles que les compagnies d'assurance ou les sociétés de courtage. La Loi type peut être un instrument approprié pour de telles procédures, pour autant qu'il s'agisse de procédures collectives au sens de la Loi type.
>
> 23C. Pour déterminer si une procédure est collective au sens de la Loi type, il convient d'examiner les éléments suivants:
>
> a) Si pour l'essentiel tous les actifs et passifs du débiteur sont traités dans le cadre de la procédure, sous réserve des rangs de priorité et des exceptions que prévoit la législation interne pour ce qui est des droits des créanciers garantis;
>
> b) Si les créanciers lésés par la procédure ont le droit (mais pas nécessairement l'obligation) de soumettre leurs créances et d'obtenir une répartition équitable ou un remboursement;
>
> c) Si ces créanciers ont le droit de participer de manière significative à la procédure;
>
> d) S'il existe des procédures pour informer ces créanciers, de sorte qu'ils puissent participer de manière significative à la procédure."

29. Le Groupe de travail a appuyé le texte du paragraphe 23B et procédé à quelques modifications: a) la quatrième phrase se lit désormais comme suit: "Elle n'est pas censée non plus constituer un moyen de rassembler des biens dans le cadre d'une procédure de liquidation ou de conservation si celle-ci ne prévoit pas aussi de traiter les demandes des créanciers"; et b) la phrase du paragraphe 23B du document A/CN.9/WG.V/WP.103 commençant par les mots "Une procédure ne devrait pas être exclue..." est insérée à l'endroit approprié du nouveau paragraphe 23B. Il a été suggéré d'ajouter un renvoi aux paragraphes 24F et G du document A/CN.9/WG.V/WP.103, puisque certains éléments traités dans ces paragraphes recoupaient les éléments constitutifs d'une "procédure étrangère" traités au paragraphe 23B. Puisque l'ensemble des éléments constitutifs d'une "procédure étrangère" devrait

être considéré comme un tout, il a aussi été suggéré de le mentionner dans les paragraphes portant sur l'article 2 a).

30. En ce qui concerne le paragraphe 23C de la proposition, il a été dit qu'afin d'assurer la rapidité et la simplicité du processus de reconnaissance, il vaudrait mieux ne pas imposer d'exigences inutiles et lourdes pour considérer une procédure comme procédure collective. Une approche simple donnerait au tribunal la souplesse nécessaire pour se prononcer sur la base des circonstances de chaque espèce. Il a été dit que le paragraphe 23C a) devrait être la condition principale d'une procédure collective et que comme les alinéas b), c) et d) portaient sur des aspects procéduraux qui ne seraient peut-être pas toujours présents dans des procédures considérées par ailleurs comme collectives, il n'y avait peut-être pas lieu de les considérer comme des éléments fondamentaux d'une procédure collective. Selon un autre avis, il fallait conserver les alinéas c) et d) en tant que conditions d'une procédure collective mais les réviser de manière à assurer que toutes les parties i) soient dûment informées; et ii) aient le droit de participer à la procédure. Par souci de clarté, il a été suggéré de définir au paragraphe 23C c) l'expression "participer de manière significative", qui pouvait être interprétée de diverses manières, ou de la remplacer par une autre expression telle que "participer véritablement".

31. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a adopté un nouveau paragraphe 23C où l'alinéa a) serait inclus au chapeau à titre de principe général. Les alinéas b), c) et d) seraient réécrits sous forme d'exemples d'autres manières dont une procédure collective pourrait traiter les créanciers. Le Groupe de travail est convenu que, puisque le Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité traitait abondamment de la participation des créanciers, un renvoi aux paragraphes pertinents du Guide devrait être ajouté. Le Secrétariat a été prié de préparer un texte révisé que le Groupe de travail examinerait à une session ultérieure.

*Alinéa a) – régie par une loi relative à l'insolvabilité*

32. Le texte du paragraphe 24B a été adopté quant au fond.

*Alinéa a) – contrôle ou surveillance d'un tribunal étranger*

33. Le texte des paragraphes 24C à E a été adopté quant au fond.

*Alinéa a) – menée aux fins d'un redressement ou d'une liquidation*

34. Le Groupe de travail est convenu de supprimer au paragraphe 24G les mots "notamment ceux désignés dans le Guide législatif sous le nom de procédures accélérées (voir par. 24D)" et de préciser que les arrangements contractuels dont il est question seraient exécutoires indépendamment de la Loi type sans qu'il faille de reconnaissance: rien dans le Guide pour l'incorporation ne visait à restreindre leur force exécutoire. Le reste du texte des paragraphes 24F et G a été adopté quant au fond.

*Procédure provisoire*

35. Le texte des paragraphes 69 et 70 a été adopté quant au fond.

*Alinéas b), c), e) et f)*

36. Une proposition de supprimer du paragraphe 75B le texte entre crochets a été appuyée. Le texte des paragraphes 31, 31A à C et 73 à 75B a été adopté quant au fond avec cette révision.

*Article 8. Interprétation*

37. Le texte du paragraphe 92 a été adopté quant au fond.

38. Le Groupe de travail a pris note de la proposition figurant aux paragraphes 14 à 17 du document A/CN.9/WG.V/WP.105 et est convenu que l'élaboration d'une telle compilation sous la forme d'un recueil de jurisprudence permettrait un meilleur accès aux décisions concernant la Loi type et faciliterait l'uniformité et la prévisibilité de l'interprétation, tout en complétant utilement le texte intitulé "La Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale: le point de vue du juge".

### 3. Chapitre II. Accès des représentants et créanciers étrangers aux tribunaux du présent État – articles 9 à 14

39. Il a été noté à propos du mot "capacité" utilisé au paragraphe 100 qu'une terminologie plus précise était mentionnée au paragraphe 166. Le Secrétariat a été prié d'harmoniser les deux paragraphes où il est question de "capacité" et d'y inclure cette terminologie plus précise. Pour le reste, le texte des paragraphes 93 et 100 a été adopté quant au fond.

### 4. Chapitre III. Reconnaissance de la procédure étrangère et mesures disponibles – articles 15 à 24

*Article 15. Demande de reconnaissance de la procédure étrangère*

40. Le texte du paragraphe 112 a été adopté quant au fond.

*Article 16. Présomptions concernant la reconnaissance*

41. Le texte des paragraphes 122 et 122A a été adopté quant au fond. Une proposition de remplacer au paragraphe 122B le mot "informations" par un mot tel que "preuves" n'a pas été appuyée, étant donné que dans de nombreux systèmes juridiques, il ne serait pas possible d'inclure des preuves dans une décision de justice. Des informations pourraient toutefois être fournies, et les juges devraient être encouragés à motiver pleinement leurs décisions. Les informations figurant dans les décisions pourraient être complétées par des déclarations, sous serment ou non, qui aideraient le tribunal requis. Le Groupe de travail est convenu de conserver la première phrase en l'état et de supprimer la deuxième phrase du paragraphe 122B.

42. On s'est dit préoccupé de ce que commençaient à apparaître dans la pratique des cas où des tribunaux d'origine prenaient des décisions concernant le centre des intérêts principaux dans des situations où ils n'étaient pas tenus de le faire en vertu du droit national, mais où ils cherchaient à influencer le tribunal requis ou à le contraindre de suivre cette décision. Il a été répondu à cela que, puisque ce dernier était tenu de s'assurer que les dispositions et conditions de la Loi type étaient remplies, il ne pouvait pas être lié par de telles décisions. Toutefois, on a reconnu qu'il pourrait y avoir des situations où une telle décision et le raisonnement

sous-jacent pourraient être pris en compte, notamment lorsque le droit national impose au tribunal d'origine de trancher des questions également traitées dans la Loi type, telles que celles concernant le centre des intérêts principaux. Il a été proposé de préciser qu'un tribunal d'origine ne devrait formuler des conclusions concernant le centre des intérêts principaux que lorsqu'il était prié de se prononcer sur sa propre compétence mais non dans d'autres situations aux fins d'influencer la décision du tribunal requis. Cette proposition a été fortement appuyée.

43. Une proposition de remplacer les mots "dans la plupart des cas" par "souvent" dans la deuxième phrase du paragraphe 123B a été appuyée.

44. Pour ce qui est du paragraphe 123C, il a été proposé de supprimer les deux options entre crochets et de les remplacer par la formule "centre supposé des intérêts principaux", et de supprimer le passage entre crochets concernant le représentant étranger, en conservant l'autre variante sans les crochets. Les deux propositions ont recueilli un certain soutien.

45. Il a aussi été suggéré d'expliquer dans le Guide l'utilisation du terme "État adoptant" de manière à préciser dans chaque cas s'il s'agissait de l'État du tribunal requis ou de l'État du tribunal d'origine. Il a été dit qu'il pourrait être approprié de procéder comme dans le texte intitulé "Le point de vue du juge", c'est-à-dire de donner une définition. Le Secrétariat a été prié de préparer des modifications appropriées du Guide pour l'incorporation.

46. On a fait remarquer que si le débiteur était membre d'un groupe d'entreprises, ce fait devrait peut-être aussi être pris en compte par un tribunal qui examinait la question du centre des intérêts principaux. Il a été rappelé que le Groupe de travail était convenu que la révision du Guide devait porter avant tout sur les débiteurs autonomes couverts par la Loi type et que la question du traitement des groupes d'entreprises dans les procédures d'insolvabilité internationale pourrait être examinée plus avant une fois ces travaux terminés.

47. À l'issue de la discussion, le texte des paragraphes 123A, B et C a été adopté quant au fond avec les modifications susmentionnées.

*Facteurs pertinents pour réfuter la présomption*

48. On a fait remarquer que dans diverses situations, la question du centre des intérêts principaux devrait être tranchée par le tribunal requis conformément à la Loi type. La première concernait les procédures commençant dans un État où la législation n'imposait pas au tribunal d'origine de déterminer le centre des intérêts principaux du débiteur. Dans ce cas, le tribunal requis n'était pas tenu d'enquêter sur l'ouverture de la procédure étrangère mais devait déterminer s'il s'agissait d'une procédure principale ou non principale aux fins de la Loi type en se fondant sur le centre des intérêts principaux ou l'établissement du débiteur. Il a été dit que dans la majorité des cas, cette détermination se ferait sur la base des documents fournis au tribunal requis par la partie demandant la reconnaissance.

49. La deuxième situation concernait les affaires où le tribunal requis était informé que la décision initiale d'ouvrir la procédure étrangère posait problème ou celles où un litige survenait au moment de la demande. Il a été dit que ces affaires étaient les seules où le tribunal requis devrait aller au-delà des documents que le demandeur lui présentait aux fins de la reconnaissance.

50. La troisième situation concernait les procédures ouvertes conformément au Règlement de l'Union européenne concernant l'insolvabilité, pour lesquelles le tribunal ouvrant la procédure était tenu de déterminer le centre des intérêts principaux du débiteur. Il a été dit que dans ces affaires, en l'absence de litige, le tribunal recevant une demande de reconnaissance de cette procédure en vertu de la Loi type devrait suivre la même procédure que dans la première situation. Selon un autre avis, le tribunal requis n'était pas lié par la détermination du tribunal d'origine mais il devait en tenir dûment compte.

51. Il a été souligné que le dispositif prévu dans la Loi type visait à garantir la simplicité et la rapidité de la procédure de reconnaissance et qu'il fallait éviter toute interprétation des dispositions de la Loi type risquant d'amener les tribunaux à examiner des questions non pertinentes.

52. Le Groupe de travail a examiné la proposition figurant au paragraphe 12 du document A/CN.9/WG.V/WP.105, ainsi qu'une autre proposition tendant à remplacer le paragraphe 123D par ce qui suit:

"*Centre des intérêts principaux*

123D. La prévisibilité et la transparence du centre des intérêts principaux du débiteur revêtent une grande importance économique pour les créanciers. Dans la plupart des cas, le centre des intérêts principaux devrait correspondre au lieu où les créanciers peuvent présumer que le débiteur ouvrira une procédure d'insolvabilité s'il doit faire face à de graves problèmes financiers. Les créanciers qui traitent avec le débiteur examinent les caractéristiques de la juridiction dans laquelle ils seraient susceptibles de faire valoir leurs droits dans l'éventualité d'une procédure d'insolvabilité et calculent le risque lié à l'octroi de crédit en fonction de la loi sur l'insolvabilité qui pourrait s'appliquer. Ce concept sous-tend la formule énoncée dans le Règlement européen sur l'insolvabilité. La Loi type reflète l'importance de ce concept en définissant la procédure ouverte dans le pays qui est le centre des intérêts principaux comme la procédure "principale". Elle accorde également plus d'égards à cette procédure, ainsi que des mesures plus immédiates et plus automatiques.

123E. Les caractéristiques essentielles du centre des intérêts principaux du débiteur correspondent aux caractéristiques qui tendent à indiquer à ceux qui traitent avec le débiteur (en particulier les créanciers) qu'il s'agit du pays où d'autres personnes s'attendraient à ce que la procédure d'insolvabilité du débiteur soit ouverte. Comme cela a été noté, la Loi type tend à accepter une présomption que le pays d'immatriculation est également le pays qui répond à cette attente. Ce n'est cependant pas toujours le cas. Il importe donc d'examiner les facteurs qui indiquent de manière indépendante qu'un pays donné est le centre des intérêts principaux du débiteur.

*Facteurs permettant de déterminer le centre des intérêts principaux*

123F. Dans la plupart des cas, les principaux facteurs ci-après, considérés dans leur ensemble, tendront à indiquer si le lieu où la procédure a été engagée est le centre des intérêts principaux du débiteur. Ces facteurs sont les suivants: i) le lieu peut facilement être vérifié par les créanciers, ii) le lieu est celui où se trouvent les principaux actifs et les principales activités du débiteur, et

iii) le lieu est celui où le débiteur gère ses affaires. Dans la plupart des cas, ces facteurs désigneront ensemble un seul pays comme centre des intérêts principaux. Dans certains cas, il peut y avoir entre ces facteurs des conflits nécessitant un examen plus minutieux des faits. Le tribunal peut être amené à accorder plus ou moins de poids à un facteur donné, selon les circonstances de l'espèce. Cependant, dans tous les cas, il s'agit d'un exercice global destiné à déterminer que le lieu de la procédure correspond en fait à celui du siège réel du débiteur ou de son établissement principal, conformément aux attentes de ceux qui traitaient avec l'entreprise avant l'ouverture de la procédure. Lorsque le tribunal conclut qu'il existe une preuve contraire à la présomption énoncée à l'article 16-3, il devrait examiner ces facteurs pour déterminer le lieu du centre des intérêts principaux du débiteur."

53. Il a été suggéré de réviser le texte comme suit: a) remplacer l'avant-dernière phrase du nouveau paragraphe 123E par le libellé suivant: "Toutefois, en réalité, il se peut que le centre des intérêts principaux ne coïncide pas avec le lieu d'immatriculation"; b) supprimer les mots "le tribunal conclut que" dans la dernière phrase du nouveau paragraphe 123F; c) inverser l'ordre des alinéas ii) et iii) du paragraphe 123F, l'alinéa ii) étant moins important que l'alinéa iii); d) supprimer l'alinéa ii) ou du moins supprimer la référence au lieu des principaux actifs, ce facteur étant celui le plus susceptible de renvoyer à plusieurs lieux différents et risquant d'entraîner une incertitude quant à savoir ce qui pourrait constituer les actifs "principaux". Il a été répondu à cela qu'en cas de liquidation, le lieu des actifs pourrait être un facteur important pour déterminer le centre des intérêts principaux, puisqu'il se pourrait qu'à ce stade il n'y ait plus de lieux d'opérations; e) adopter au paragraphe 123F une expression telle que "centre d'administration", plutôt que "lieu où le débiteur gère ses affaires"; et f) conserver l'intitulé figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.103/Add.1 "Facteurs pertinents pour réfuter la présomption", de préférence à l'intitulé énoncé dans la proposition. À cet égard, on a fait observer que puisque le point de départ de la détermination du centre des intérêts principaux était l'article 17 et que la présomption visée à l'article 16-3 de la Loi type n'était qu'un dispositif de procédure censé permettre de déterminer plus rapidement le centre des intérêts principaux conformément à l'article 17, l'intitulé figurant dans la proposition reflétait plus exactement la question traitée. À l'exception de celle formulée à l'alinéa d), ces propositions ont été généralement appuyées.

54. À l'issue du débat, le Groupe de travail a prié le Secrétariat de rédiger un texte révisé à partir de la proposition formulée au paragraphe 8 ci-dessus et des questions soulevées lors des discussions.

55. Divers avis ont été exprimés au sujet des paragraphes 123E à I. Il a notamment été suggéré de les conserver au motif qu'ils contenaient des informations et des orientations complétant la proposition ci-dessus, de les supprimer par souci de simplicité, et de les examiner compte tenu de la proposition ci-dessus pour déterminer ce qui pourrait être utilement conservé. Chacune de ces propositions a recueilli un certain appui. À l'issue de la discussion, le Secrétariat a été prié de réviser cette section du Guide pour l'incorporation en tenant compte des considérations exprimées.

*Abus de procédure*

56. Le Groupe de travail a rappelé son précédent débat concernant l'impact de la fraude sur la détermination du centre des intérêts principaux (A/CN.9/738, par. 32) et les questions qui avaient été soulevées. À l'issue d'une discussion supplémentaire, il a été convenu de conserver le texte du paragraphe 123J quant au fond. Des préoccupations ont été exprimées concernant les références à l'ordre public contenues au paragraphe 123K, compte tenu des éléments inclus aux paragraphes 86 à 89 du Guide pour l'incorporation et de l'intention selon laquelle la notion d'ordre public devait être interprétée de manière restrictive. Le Groupe de travail est convenu qu'il vaudrait peut-être mieux traiter les points soulevés au paragraphe 123K en déterminant quels déplacements de centre des intérêts principaux pourraient être considérés comme un abus de procédure ou une recherche du for le plus avantageux et lesquels pourraient être considérés comme relevant du choix du for. Le Secrétariat a été prié de préparer un texte révisé sur ces questions pour examen à une session ultérieure.

*Article 17. Décision de reconnaître une procédure étrangère*

57. La préoccupation mentionnée au paragraphe 42 ci-dessus a de nouveau été exprimée. Il a été proposé d'ajouter au paragraphe 124B le mot "dûment" entre les mots "tenir" et "compte", et de supprimer le reste de la première phrase du paragraphe, à partir de "notamment en ce qui concerne". Cette proposition a été appuyée.

58. Pour ce qui est du paragraphe 124C, il a été proposé de reformuler la première phrase comme suit: "En conséquence, la reconnaissance d'une procédure étrangère serait facilitée si le tribunal d'origine mentionnait dans son ordonnance tout élément de preuve qui aiderait le tribunal requis à déterminer si la procédure est une procédure étrangère au sens de l'article 2". Cette proposition a été approuvée. Le Groupe de travail a rappelé les modifications qu'il avait apportées au paragraphe 122B et est convenu que les deux paragraphes devraient être alignés.

59. Le texte des paragraphes 124 à 124C et 126 a été adopté quant au fond avec ces modifications.

*Date à retenir pour déterminer le centre des intérêts principaux*

60. Il a été proposé de donner une règle claire libellée comme suit: "La date utilisée pour déterminer le centre des intérêts principaux du débiteur devrait être la date d'ouverture de la procédure étrangère d'insolvabilité", cette date d'ouverture étant déterminée conformément à la loi applicable. Cette proposition a été largement appuyée pour les raisons mentionnées au paragraphe 128C. Il a été suggéré que le libellé proposé soit intégré au paragraphe 128E. Une préoccupation a été exprimée concernant la possibilité de déplacer le centre des intérêts principaux entre la date de l'ouverture de la procédure étrangère et la date de la demande de reconnaissance. En réponse, il a été observé qu'aux fins de la Loi type, le centre des intérêts principaux ne pourrait pas changer après la date de l'ouverture de la procédure étrangère.

61. Un autre point concernait la possibilité, mentionnée au paragraphe 128C, que la date à retenir soit celle de la demande d'ouverture de la procédure étrangère, étant donné qu'il pourrait y avoir un déplacement du centre des intérêts principaux entre

cette date et celle de l'ouverture de la procédure. Il a été répondu à cela que puisque la Loi type ne s'intéressait qu'à une procédure étrangère existante, la date qui comptait était celle de l'ouverture et non celle de la demande d'ouverture. En outre, il valait mieux traiter des tentatives de déplacer le centre des intérêts principaux lors de l'examen concernant la recherche du for le plus avantageux et le choix du for. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu de supprimer le paragraphe 128D pour éviter toute confusion et de réviser le paragraphe 128C en veillant à ce qu'il contienne suffisamment d'explications, particulièrement en ce qui concerne le renvoi à la date de la demande d'ouverture en tant que date utilisée pour établir le centre des intérêts principaux du débiteur.

62. Le texte des paragraphes 128A à E, 125, 129 et 130 a été adopté quant au fond avec ces modifications.

*Article 18. Informations ultérieures*

63. Le texte des paragraphes 133 et 134 a été adopté quant au fond.

*Article 20. Effets de la reconnaissance d'une procédure étrangère principale*

64. Le texte des paragraphes 141 et 143 a été adopté quant au fond.

*Article 21. Mesures disponibles dès la reconnaissance d'une procédure étrangère*

65. Le texte du paragraphe 154 a été adopté quant au fond.

*Article 23. Actions visant à annuler les actes préjudiciables aux créanciers*

66. Le texte des paragraphes 165 à 167 a été adopté quant au fond.

### 5. Chapitre IV. Coopération avec les tribunaux étrangers et les représentants étrangers – articles 25 à 27

67. Le texte des paragraphes 173 à 175 et 177 a été adopté quant au fond.

*Article 27. Formes de la coopération*

68. Le texte des paragraphes 181 et 183A a été adopté quant au fond.

### 6. Chapitre V. Procédures concurrentes – articles 28 à 31

*Article 28. Ouverture d'une procédure en vertu [indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité] après la reconnaissance d'une procédure étrangère principale*

69. Le texte des paragraphes 184 et 186 à 187A a été adopté quant au fond.

*Article 29. Coordination d'une procédure ouverte en vertu [indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité] et d'une procédure étrangère*

70. Le texte du paragraphe 188 a été adopté quant au fond.

*Article 31. Présomption de l'insolvabilité du débiteur fondée sur la reconnaissance d'une procédure étrangère principale*

71. Le texte du paragraphe 197 a été adopté quant au fond.

**7. Assistance du secrétariat de la CNUDCI**

72. Le texte du paragraphe 202 a été adopté quant au fond.

# V. Obligations des administrateurs de sociétés lorsque la société est sur le point d'être insolvable

73. Le Groupe de travail a commencé à examiner le sujet des obligations des administrateurs de sociétés lorsque la société est sur le point d'être insolvable en se fondant sur le document A/CN.9/WG.V/WP.104.

## A. Introduction

74. Le Groupe de travail est convenu de poursuivre la discussion sur ce sujet en partant de l'hypothèse de travail selon laquelle le texte élaboré constituerait une partie supplémentaire du Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité.

## B. Objet des dispositions législatives

75. Le Groupe de travail est convenu de commencer à examiner la clause relative à l'objet une fois qu'il aurait achevé l'examen du contenu des recommandations.

## C. Contenu des dispositions législatives

*Recommandation 1*

76. Il a été proposé d'introduire le projet de recommandation non pas par la formule "la loi sur l'insolvabilité", mais par les mots "la loi relative à l'insolvabilité" ou "la loi sur l'insolvabilité ou autre loi". Il a été noté que la majorité des recommandations du Guide législatif faisaient référence à "la loi sur l'insolvabilité". À l'issue de la discussion, il a été décidé de faire référence, entre crochets, tant à la loi sur l'insolvabilité qu'à la loi relative à l'insolvabilité.

77. Dans un souci de clarté et pour faire ressortir plus clairement l'objectif spécifique du projet de recommandation, il a été proposé de modifier le texte de la recommandation 1 comme suit: a) renvoyer aux obligations visées au projet de recommandation 4 en remplaçant la formule "les actes abusifs ou omissions d'un administrateur ont porté préjudice" par la formule "le manquement aux obligations visées dans la recommandation 4 a porté préjudice"; b) remplacer la notion de responsabilité à l'égard de la société par celle de responsabilité à l'égard des créanciers ou de la masse de l'insolvabilité, ou supprimer la dernière partie du projet de recommandation située après la virgule et la remplacer par la formule suivante: "l'administrateur est responsable de son comportement et des mesures peuvent être prises au cours de la procédure d'insolvabilité"; et c) insérer les mots

"commis pendant la période précédant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité" après les mots "actes abusifs ou omissions d'un administrateur".

78. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu de modifier le projet de recommandation suivant les propositions a) et c) et de faire référence à la responsabilité à l'égard des créanciers.

*Recommandation 2 – Parties redevables des obligations*

79. Des préoccupations ont été exprimées quant à l'utilisation du terme "administrateur" et à la portée de sa signification. On a estimé qu'il devrait apparaître clairement dans le projet de recommandation que les obligations s'appliqueraient aux personnes considérées comme des administrateurs en vertu du droit national et à toute autre personne exerçant librement des fonctions de gestion ou prenant des décisions de gestion, y compris les personnes qui étaient censées prendre ces décisions mais ne le faisaient pas nécessairement. Il a été dit que ces dernières ne devraient pas être exonérées au simple motif de leur inaction. Selon un autre avis, cette formulation était trop vaste et il fallait supprimer la formule "et qu'en fait elle prend ou devrait prendre" au paragraphe 22 du commentaire. Il a aussi été proposé de faire référence tant au devoir qu'au pouvoir de gérer une entreprise commerciale. Il a été dit que pour tenir compte de ces propositions, il faudrait choisir un autre terme que celui d'administrateur et que le terme "personne responsable" serait peut-être approprié. Selon un autre avis, pour autant qu'une explication figure dans le commentaire, le terme "administrateur" devait être préféré à celui de "personne responsable", qui avait un sens beaucoup trop large.

80. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu de conserver le terme "administrateur" et d'inclure dans le commentaire des précisions et des explications appropriées concernant les points soulevés lors de la discussion.

*Recommandation 3 – Naissance des obligations*

81. Il a été proposé de modifier le projet de recommandation comme suit: a) ajouter la formule "en l'absence de mesure corrective" avant les mots "l'insolvabilité était probable"; b) supprimer l'exigence subjective selon laquelle l'administrateur savait ou aurait dû raisonnablement savoir que l'insolvabilité était probable ou inévitable. Il a été répondu que cet élément était essentiel, puisqu'il permettait d'évaluer le jugement de l'administrateur par rapport à la connaissance qu'un administrateur raisonnable aurait dû avoir étant donné les circonstances; et c) remplacer les mots "probable ou inévitable" par la formule "se produirait". Il a été répondu que la période visée par la recommandation était celle durant laquelle les administrateurs pouvaient encore prendre des mesures correctives pour éviter l'insolvabilité et que, si l'insolvabilité était complètement inévitable, les obligations visées dans le projet de recommandation 4 perdraient tout leur sens.

82. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu de conserver en l'état la recommandation 3.

*Recommandation 4 – Les obligations*

83. L'alinéa a) du projet de recommandation 4 a recueilli un appui général au motif qu'il constituait un élément essentiel des obligations auxquelles devrait être tenu l'administrateur de société dans la période précédant l'insolvabilité. Il a été

proposé de considérer également comme obligations essentielles celle de solliciter l'avis de spécialistes (alinéa c)) et celle de protéger les actifs de la société (alinéa d)). L'idée de préciser les mesures que les administrateurs pourraient devoir prendre au titre de l'obligation visée à l'alinéa a) a également été appuyée. En l'absence de telles précisions, a-t-il été dit, le projet de recommandation ne donnait pas aux administrateurs d'indications utiles sur ce qu'ils étaient censés faire.

84. Plusieurs préoccupations ont été exprimées concernant l'alinéa b) du projet de recommandation 4. Selon un avis, il s'agissait d'un élément essentiel des obligations qui devraient s'appliquer lorsque la société est sur le point d'être insolvable, puisqu'il établissait un lien entre la prise en compte des intérêts des parties prenantes lorsque le débiteur était solvable et celle des intérêts des créanciers une fois ouverte la procédure d'insolvabilité. Il a cependant été précisé que l'intention dans cet alinéa n'était pas de se préoccuper uniquement des créanciers et d'ignorer les intérêts des autres parties prenantes, mais d'accorder durant cette période plus d'importance aux intérêts des créanciers qu'à ceux des autres parties prenantes. Selon un autre avis, le libellé pourrait être plus précis et s'attacher davantage à l'obligation de s'abstenir de toute action pouvant porter préjudice aux intérêts des créanciers.

85. Il a été dit que l'obligation de se tenir pleinement informé était une obligation générale s'appliquant aux administrateurs en vertu du droit des sociétés, mais aussi que l'alinéa c) du projet de recommandation 4 était particulièrement pertinent dans la période précédant l'insolvabilité, puisque les administrateurs devaient savoir que la société était sur le point d'être insolvable pour pouvoir prendre les mesures raisonnables visées à l'alinéa a).

86. Des préoccupations ont également été exprimées concernant les conséquences pour les administrateurs de la deuxième partie de l'alinéa d) du projet de recommandation 4 et le lien entre cette obligation et la recommandation 87 du Guide législatif dans le contexte plus large des opérations annulables en vertu du Guide. Il a été suggéré d'ajouter la première partie de l'alinéa d) à la fin de l'alinéa b), ce qui donnerait lieu à une obligation de tenir dûment compte des intérêts des créanciers en veillant à la protection des actifs, les renvois à la recommandation 87 pouvant alors être supprimés. Selon un autre avis, il convenait de conserver dans le projet de recommandation 4 la référence aux opérations annulables, mais celle-ci devait toutefois se fonder plus largement sur la section pertinente du Guide législatif afin d'inclure à la fois les recommandations concernant les exceptions et d'autres passages pertinents.

87. En dépit d'un certain appui, une proposition de déplacer dans le commentaire la teneur des alinéas c) et d) de la recommandation 4 n'a pas été adoptée, au motif que cela priverait le projet de recommandation d'une partie considérable de son contenu.

88. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu que le projet de recommandation 4 devrait être révisé et prié le Secrétariat de rédiger des libellés optionnels qu'il examinerait à une session ultérieure. Ces libellés comporteraient les modifications suivantes:

a) Réviser l'alinéa a), qui serait inclus dans la déclaration de principe;

b) Inclure la teneur de l'alinéa b) dans cette déclaration de principe et éventuellement y ajouter d'autres éléments, tels que les "autres parties prenantes";

c) Modifier les alinéas c) et d) de manière à énoncer des obligations distinctes ou des exemples de mesures pouvant être prises au titre des mesures raisonnables visées à l'alinéa a); et

d) Réviser la teneur de l'alinéa d) en précisant la référence à la recommandation 87 du Guide législatif de manière à rendre compte des préoccupations exprimées au cours de la discussion.

*Recommandation 5 – Responsabilité*

89. Des préoccupations ont été exprimées quant à certains aspects du projet de recommandation, notamment le sens de la formule "directement ou indirectement" et la manière dont serait évalué le lien entre le manquement aux obligations et l'insolvabilité ou l'accroissement des pertes qui en résultaient. Il a été proposé de mettre un point après la formule "dans la recommandation 4" et de supprimer la fin de la recommandation, mais on a souligné que ces mots modifiaient la responsabilité de l'administrateur et qu'en les supprimant on supprimerait également tout élément de garantie ou de protection qu'ils pouvaient apporter.

90. On a fait observer que les modifications qu'il avait été convenu d'apporter au projet de recommandation 1 pourraient en fait aller plus loin que le projet de recommandation 5 et que ce dernier pourrait donc être supprimé. Il a également été proposé de supprimer la seconde moitié du projet de recommandation 5 et d'ajouter un renvoi au projet de recommandation 1.

91. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu qu'il fallait examiner le projet de recommandation 5 en parallèle avec le projet de recommandation 6, compte tenu des modifications qu'il avait été convenu d'apporter au projet de recommandation 1. Le Secrétariat a été prié de rédiger un texte révisé pour examen à une session ultérieure en tenant compte des discussions du Groupe de travail.

*Recommandation 6*

92. Diverses préoccupations ont été exprimées concernant le projet de recommandation 6. Il a été dit en particulier que le libellé établissait ou supposait une présomption de responsabilité à moins qu'un administrateur ne puisse prouver qu'il avait pris les précautions nécessaires et accordé l'attention voulue. Il a été répondu que la partie cherchant à alléguer un manquement en vertu du projet de recommandation 4 avait la charge de prouver ce manquement, alors qu'en application du projet de recommandation 6, c'était l'administrateur qui devait prouver, pour sa défense, qu'il avait pris les précautions nécessaires et accordé l'attention voulue, ou pris par exemple les mesures raisonnables visées dans le projet de recommandation 4. Il a été proposé que le projet de recommandation se limite à prévoir qu'un manquement aux obligations visées dans le projet de recommandation 4 entraînerait la responsabilité. Un administrateur prenant les mesures raisonnables et satisfaisant par ailleurs aux obligations visées dans le projet de recommandation 4 ne devait pas pouvoir être jugé responsable. Étant donné que le projet de recommandation 4 établissait déjà certaines obligations et que le projet de recommandation 1 prévoyait un lien entre les mesures prises par les

administrateurs lorsque la société était sur le point d'être insolvable et la responsabilité, il a été dit que le projet de recommandation 6 n'était pas nécessaire et qu'il pourrait être supprimé.

93. À l'issue de la discussion, le Secrétariat a été prié de revoir les projets de recommandations 5 et 6 à la lumière des modifications qu'il avait été convenu d'apporter aux projets de recommandations 1 et 4 et d'élaborer un nouveau texte que le Groupe de travail examinerait à une session ultérieure.

*Recommandation 7 – Voies de droit*

94. La formulation du concept de proportionnalité dans le projet de recommandation a été jugée problématique et le libellé du chapeau trop complexe. Il a été proposé de simplifier ce dernier en indiquant que la responsabilité de l'administrateur se limitait aux pertes ou dommages résultant du manquement aux obligations énumérées dans le projet de recommandation 4 et en précisant que des dommages-intérêts punitifs ou exemplaires n'étaient pas envisagés. Cette proposition a été appuyée. L'alinéa b) a suscité des préoccupations similaires à celles qui avaient été exprimées concernant le projet de recommandation 4 d). Une disposition allant dans le sens de l'alinéa b) pouvait certes dissuader de causer des pertes à la masse de l'insolvabilité mais il a été convenu qu'il fallait examiner ce libellé plus avant et préciser le lien entre le projet de recommandation et la section du Guide législatif portant sur les dispositions d'annulation.

95. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu que le projet de recommandation devrait porter principalement sur les dommages dus aux mesures prises par les administrateurs durant la période précédant l'insolvabilité et sur la réparation de ces dommages. Il est convenu en outre de ce qui suit: l'alinéa a) serait conservé, en y précisant que le paiement correspondait aux dommages causés et serait versé à la masse de l'insolvabilité; l'alinéa b) suscitait plusieurs préoccupations qu'il convenait de dissiper; l'alinéa c) ne constituait pas une voie de droit et pourrait être traité dans le commentaire; et l'alinéa d) pourrait être simplifié. Le Secrétariat a été prié de préparer un autre projet qui serait examiné à une session ultérieure.

*Recommandation 8 – Conduite d'une action contre un administrateur*

96. Plusieurs propositions ont été faites concernant le projet de recommandation 8: a) modifier la deuxième phrase de manière à permettre "aux créanciers ou à toute autre partie concernée" d'engager une telle action et expliquer dans le commentaire qu'il pouvait notamment s'agir d'actionnaires; b) examiner le traitement des créanciers qui ne le deviennent qu'en raison des actes ou omissions des administrateurs durant la période précédant l'insolvabilité et déterminer si ces créanciers pourraient faire valoir des créances individuelles contre les administrateurs; c) préciser à qui appartiendraient les recouvrements faits par les créanciers; d) inclure dans le commentaire un examen semblable à celui figurant dans le commentaire sur les dispositions d'annulation, dans la deuxième partie du Guide législatif, traitant de questions liées à la conduite d'une telle action contre un administrateur. Ces propositions ont recueilli l'appui général et il a été demandé au Secrétariat d'en tenir compte pour modifier le projet de recommandation et le commentaire qui l'accompagne.

*Recommandations 9 et 10 – Financement d'une action à l'encontre d'un administrateur*

97. Le texte des projets de recommandations 9 et 10 a été adopté quant au fond.

*Recommandation 11 – Mesures supplémentaires*

98. La préoccupation a été exprimée que le projet de recommandation 11 pouvant être de nature pénale ou punitive et portant sur des comportements futurs, il ne devrait pas figurer parmi ces projets de recommandations mais être complètement supprimé, ou que seule la première phrase devrait être conservée. Il a été répondu que l'interdiction d'exercer les fonctions d'administrateur pourrait être une mesure appropriée, par exemple dans les cas de comportement inacceptable des administrateurs, non seulement pour les empêcher de continuer à nuire aux créanciers en général mais aussi pour les inciter durant la période précédant l'insolvabilité à demander rapidement conseil et à s'acquitter par ailleurs des obligations telles que celles mentionnées dans la recommandation 4. Des appuis ont été exprimés en faveur de la suppression complète du projet de recommandation, de la suppression de la seconde phrase et du maintien de la recommandation en l'état. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu de conserver la première phrase du projet de recommandation 11 et de placer la seconde phrase entre crochets afin de l'examiner plus avant à une prochaine session.

## D. Objet des dispositions législatives

99. Ayant achevé ses délibérations sur les projets de recommandations, le Groupe de travail s'est à nouveau penché sur la clause relative à l'objet. Il a été noté qu'il serait peut-être nécessaire d'aligner cette clause sur les modifications qu'il était convenu d'apporter aux projets de recommandations, surtout en ce qui concerne la référence à la proportionnalité, par exemple. On a également dit qu'il pourrait être utile d'y souligner que le texte pouvait servir à sensibiliser les administrateurs à leur rôle et à leurs responsabilités lorsque la société est sur le point d'être insolvable.

100. Le Secrétariat a été prié de rédiger une version révisée de la clause relative à l'objet, qui serait examinée à une session ultérieure.

## E. Commentaire

101. Il a été convenu de remplacer le terme "actionnaires" par le terme "parties prenantes" au paragraphe 6 du commentaire. Le Secrétariat a été prié de modifier le commentaire en tenant compte des modifications convenues concernant les projets de recommandations.

# VI. Assistance technique

102. Le Groupe de travail a examiné ce sujet à la lumière des paragraphes 16 et 17 de l'ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.V/WP.102). Plusieurs États ont rendu compte de l'action qu'ils avaient menée récemment en vue d'incorporer dans leur droit interne les textes de la CNUDCI sur l'insolvabilité, en particulier la troisième

partie du Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité et la Loi type sur l'insolvabilité internationale, décrivant les lois déjà en vigueur et les propositions de loi en cours de rédaction ou d'examen. Le Groupe de travail a également pris connaissance de plusieurs activités menées par des États pour aider d'autres États, par exemple en matière d'éducation judiciaire, et élaborer des outils d'échange d'informations sur les textes de la CNUDCI et sur ses programmes d'aide à l'éducation.

103. Plusieurs organisations internationales ont fait état d'activités de promotion des textes de la CNUDCI, notant en particulier l'utilisation abondante du Guide législatif comme fondement de la réforme du droit et la diffusion d'informations sur les travaux de la CNUDCI. Le Groupe de travail a été informé du prochain colloque judiciaire multinational organisé conjointement par la CNUDCI, INSOL et la Banque mondiale en mai 2013.

104. Rappelant les observations formulées par la Commission aux paragraphes 16 et 17, plusieurs États ont souligné qu'ils avaient besoin des activités d'assistance et de coopération techniques pour adopter et utiliser les textes de la CNUDCI afin de réformer leurs droits nationaux. Il a également été souligné que, même si des travaux pouvaient être menés pour aider les États à réformer leurs droits nationaux, il fallait un engagement aux plus hauts niveaux pour que ces efforts aboutissent à l'adoption et à l'application des lois élaborées. On a aussi insisté sur la nécessité de comprendre l'importance des lois sur l'insolvabilité pour l'activité commerciale. On a appelé à redynamiser le fonds d'affectation spéciale de manière à permettre aux États en développement de participer aux sessions des groupes de travail de la CNUDCI.

## F. Note du Secrétariat sur l'interprétation et l'application de certains concepts de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale en rapport avec le centre des intérêts principaux, soumise au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa quarante et unième session (A/CN.9/WG.V/WP.103 et Add.1)

**[Original: anglais]**

**TABLE DES MATIÈRES**

Introduction . . . . .

GUIDE POUR L'INCORPORATION ET L'INTERPRÉTATION DE LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR L'INSOLVABILITÉ INTERNATIONALE . . . . .

I. Objet et origine de la Loi type . . . . .

II. Objet du Guide et interprétation . . . . .

III. La Loi type, instrument d'harmonisation des lois . . . . .

IV. Principales caractéristiques de la Loi type . . . . .

V. Observations par article. . . . . .

# Introduction

1. À sa quarante-troisième session, en 2010, la Commission était saisie d'une série de propositions de travaux futurs sur le droit de l'insolvabilité (A/CN.9/WG.V/WP.93 et Add.1 à 6 et A/CN.9/582/Add.6). Ces propositions avaient été examinées par le Groupe de travail V à sa trente-huitième session (voir A/CN.9/691, par. 99 à 107) et une recommandation concernant les sujets possibles avait été présentée à la Commission (A/CN.9/691, par. 104). Un document supplémentaire (A/CN.9/709) complétant la proposition faite par la Suisse dans le document A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.5 avait été présenté après cette session.

2. À l'issue de la discussion, la Commission a approuvé la recommandation du Groupe de travail V tendant à ce que des travaux soient entamés sur deux thèmes relatifs à l'insolvabilité, qui étaient actuellement importants, dans la mesure où une plus grande harmonisation des approches nationales sur ces thèmes permettrait de gagner en sécurité et en prévisibilité.

3. La présente note porte sur le premier thème, qui concerne la proposition des États-Unis, décrite au paragraphe 8 du document A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.1, d'élaborer des lignes directrices pour l'interprétation et l'application de certains concepts de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (la Loi type) en rapport avec le centre des intérêts principaux et éventuellement d'élaborer une loi type ou des dispositions types sur le droit de l'insolvabilité traitant certains

problèmes qui se posent dans un contexte international, dont la compétence, l'accès et la reconnaissance, d'une manière qui n'exclurait pas l'élaboration d'une convention[1]. Le second thème (responsabilité des administrateurs et des dirigeants d'entreprises proches de l'insolvabilité) est examiné dans le document A/CN.9/WG.V/WP.104.

4. La présente note fait fond sur les documents de travail précédents sur la question du centre des intérêts principaux, en particulier les documents A/CN.9/WG.V/WP.95 et Add.1, A/CN.9/WG.V/WP.99, et les rapports du Groupe de travail sur les travaux de ses trente-neuvième et quarantième sessions (A/CN.9/715 et A/CN.9/738, respectivement).

5. Conformément à une décision prise par le Groupe de travail à sa quarantième session, selon laquelle l'hypothèse de travail était que le Guide pour l'incorporation devrait être révisé et enrichi (A/CN.9/738, par. 13), la présente note contient des projets de révisions et d'ajouts concernant le Guide pour l'incorporation. Ces révisions et ajouts sont les suivants:

a) L'ordre des paragraphes de l'introduction a été modifié et une nouvelle section IV sur les caractéristiques principales, plus brève, a été ajoutée;

b) Les paragraphes de l'ancienne section sur les caractéristiques principales ont été versés dans l'examen par article, emplacement jugé plus adéquat car une partie importante du texte était répétée dans le commentaire de certains articles, et certains paragraphes ont été supprimés;

c) L'examen par article a pris de l'ampleur et de l'importance, compte tenu des conclusions du Groupe de travail.

6. Les paragraphes non révisés ou ne comportant pas de texte révisé n'ont pas été inclus dans la présente note, sauf lorsque c'était absolument nécessaire. Le texte des nouvelles notes de bas de page a été inclus; les notes de bas de page conservées de la version publiée ne sont pas reproduites mais leur emplacement est indiqué par une mention entre crochets. Les renvois aux délibérations du Groupe de travail ont aussi été omis mais seront actualisés compte tenu des débats en cours.

7. La numérotation des paragraphes de la version publiée du Guide pour l'incorporation a été conservée afin qu'apparaissent clairement les aménagements apportés à l'ordre du texte et les ajouts. La numérotation des paragraphes de la présente note n'est donc pas nécessairement séquentielle. Lorsqu'un paragraphe a été ajouté, il porte le numéro du paragraphe qui le précède, suivi d'une lettre. Tous les titres du texte publié sont mentionnés, suivis des numéros des paragraphes correspondants entre crochets, afin d'indiquer le contenu et de faciliter la comparaison avec le texte publié.

---

[1] Voir également la proposition de l'Union internationale des avocats (UIA) concernant l'élaboration éventuelle d'une convention (A/CN.9/686, par. 127 à 130).

# GUIDE POUR L'INCORPORATION ET L'INTERPRÉTATION DE LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR L'INSOLVABILITÉ INTERNATIONALE [*fondé sur la version révisée de l'annexe III du Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité*]

## I. Objet et origine de la Loi type

### A. Objet de la Loi type [*par. 1 à 3 et 3A*]

1. La Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité, adoptée en 1997, vise à aider les États à doter leur législation sur l'insolvabilité d'un cadre moderne, harmonisé et équitable permettant de mener plus efficacement les procédures internationales concernant les débiteurs en proie à de graves problèmes financiers ou en situation d'insolvabilité. Il peut s'agir de cas où le débiteur a des avoirs dans plus d'un État ou de cas où certains des créanciers ne sont pas de l'État où se déroule la procédure. En principe, la procédure se déroulant au centre des intérêts principaux du débiteur est censée être responsable au premier titre de l'administration de l'insolvabilité du débiteur quel que soit le nombre d'États dans lesquels le débiteur a des avoirs et des créanciers, sous réserve de procédures de coordination appropriées tenant compte des nécessités locales.

*Note à l'intention du Groupe de travail*

Le Groupe de travail voudra peut-être noter que l'expression "graves problèmes financiers" est utilisée dans la version publiée du Guide au paragraphe 71 portant sur les définitions de l'article 2 et en particulier de l'alinéa a). Le Guide parle ailleurs de "débiteur insolvable". Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer s'il convient de conserver l'expression "graves problèmes financiers" ou si l'expression "problèmes financiers" suffirait.

2. La Loi type reflète, en matière d'insolvabilité internationale, les pratiques caractéristiques de systèmes d'insolvabilité modernes et efficaces. Aussi les États qui l'adopteront (les "États adoptants") introduiront-ils dans leurs régimes nationaux d'insolvabilité des ajouts et améliorations utiles de nature à résoudre les problèmes qui se posent dans les affaires d'insolvabilité internationale. En adoptant la Loi type, les États conviennent qu'ils devront peut-être modifier certaines de leurs lois sur l'insolvabilité pour les rendre conformes aux normes internationalement reconnues.

3. La Loi type respecte les différences entre les règles de procédure nationales et ne prétend pas unifier quant au fond les législations sur l'insolvabilité. Elle constitue un [point de contact] [cadre de coopération] entre les pays, proposant diverses solutions qui contribuent à plusieurs titres, modestes mais importants, à faciliter un certain niveau d'harmonisation. Ces solutions sont notamment les suivantes:

a) à f) [...]

g) En établissant des règles pour la coordination des mesures accordées dans l'État adoptant pour appuyer deux procédures d'insolvabilité ou plus pouvant se dérouler dans plusieurs États concernant le même débiteur.

3A. La Loi type sera utile aux pays qui doivent déjà traiter de nombreuses affaires d'insolvabilité ainsi qu'à ceux qui souhaitent bien se préparer à cette éventualité de plus en plus probable.

## B. Origine de la Loi type *[par. 13, 18 et 19]*

13. L'augmentation du nombre de cas d'insolvabilité internationale tient à l'expansion constante des échanges et des investissements dans le monde. Cependant, les législations nationales sur l'insolvabilité n'ont dans une large mesure pas suivi le rythme de cette évolution et sont souvent mal adaptées aux cas internationaux. Il en résulte souvent des approches inadéquates et non coordonnées, ce qui contrarie le sauvetage d'entreprises en difficulté financière, l'administration équitable et efficace des affaires d'insolvabilité internationale, la protection des actifs du débiteur insolvable contre la dispersion et la maximisation de la valeur de ces actifs. De plus, l'absence de prévisibilité dans le traitement des affaires d'insolvabilité internationale peut nuire aux flux de capitaux et décourager l'investissement international.

18. La Loi type tient compte du résultat d'autres efforts internationaux, notamment des négociations ayant abouti au Règlement (CE) du Conseil n° 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité (le "Règlement CE"), à la Convention européenne sur certains aspects internationaux de la faillite (1990)[2], aux Traités de Montevideo sur le droit commercial international (1889 et 1940), à la Convention entre les pays nordiques relative à la faillite (1933) et à la Convention de droit international privé (Code Bustamante) (1928)[3]. Ont également été prises en compte des propositions d'organisations non gouvernementales telles que la Loi type sur la coopération internationale en matière d'insolvabilité (*Model International Insolvency Cooperation Act* ou MIICA) et le Concordat sur l'insolvabilité internationale, élaborés par le Comité J de la Section du droit des affaires de l'Association internationale du barreau[4].

19. [...]

## C. Travaux préparatoires et adoption [*par. 4 à 8*]

4. Le projet a été lancé par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) en étroite collaboration avec INSOL International. Il a bénéficié de l'avis des experts d'INSOL à tous les stades des travaux préparatoires. En outre, pendant l'élaboration de la loi type, des avis consultatifs ont été fournis par l'ancien Comité J (Insolvabilité) de la Section du droit des affaires de l'Association internationale du barreau.

---

[2] [*note 9*].

[3] [*note 10*].

[4] Disponible à l'adresse www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/396/1522.html (page visitée le 15 février 2012).

5. Avant de décider d'entreprendre des travaux sur l'insolvabilité internationale, la CNUDCI avait organisé avec INSOL deux colloques internationaux à l'intention des praticiens de l'insolvabilité, des juges, des hauts fonctionnaires et des représentants d'autres secteurs intéressés[5]. Il a été suggéré à l'issue de ces colloques que les travaux de la Commission aient pour objectif limité mais utile de faciliter la coopération judiciaire, l'accès des administrateurs d'insolvabilité aux tribunaux et la reconnaissance des procédures d'insolvabilité étrangères.

6. Lorsque la CNUDCI a décidé en 1995 d'élaborer un instrument juridique sur l'insolvabilité internationale, elle a confié cette tâche au Groupe de travail sur l'insolvabilité, qui est l'un de ses organes subsidiaires[6]. Le Groupe de travail a consacré quatre sessions de deux semaines aux travaux sur ce projet[7].

7. [...]

8. [...]

## II. Objet du Guide et interprétation [*par. 9 et 10*]

9. La CNUDCI a estimé que la Loi type serait un outil plus efficace si elle était accompagnée d'informations générales et d'explications. Ces dernières seraient destinées essentiellement à l'exécutif et aux législateurs préparant les révisions législatives nécessaires mais elles seraient également utiles à ceux qui, comme les juges, sont chargés d'interpréter et d'appliquer la Loi type[8], et à d'autres utilisateurs du texte tels que les praticiens et les universitaires. Elles pourraient également aider les États à déterminer quelles dispositions devraient, le cas échéant, être modifiées afin d'être adaptées à leur situation particulière.

10. Le présent guide a été établi par le Secrétariat conformément à la demande formulée par la CNUDCI à la fin de sa trentième session, en 1997 [et révisé conformément à la demande formulée par la CNUDCI à sa ... session]. Il se fonde sur les délibérations et décisions de la Commission à cette trentième session[9], à laquelle la Loi type a été adoptée, ainsi que sur les délibérations du Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité, qui a effectué les travaux préparatoires. Les révisions se fondent sur les délibérations du Groupe de travail à ses trente-neuvième (2010), quarantième (2011) et quarante et unième sessions, ainsi que sur celles de la Commission à sa [...] session [20...].

## III. La Loi type, instrument d'harmonisation des lois [*par. 11 et 12*]

11. [...]

---

5 [*note 3*].

6 [*note 4*].

7 [*note 5*].

8 Le terme "juge" désignerait notamment un magistrat ou une autre personne désignée pour exercer les pouvoirs d'un tribunal ou d'une autre autorité ayant compétence en vertu de la législation nationale sur l'insolvabilité [donnant effet à la Loi type].

9 [*note 8*].

## A. Souplesse d'une loi type

12. Lorsqu'il incorpore le texte d'une loi type dans son système, un État peut modifier ou exclure certaines de ses dispositions. Dans le cas d'une convention, les possibilités de modification du texte uniforme par les États parties (généralement appelées "réserves") sont beaucoup plus restreintes; les conventions en matière de droit commercial, en particulier, interdisent habituellement toute réserve ou n'en autorisent que certaines bien précises. La souplesse inhérente à une loi type est particulièrement souhaitable lorsqu'il y a lieu de penser que l'État désirera apporter diverses modifications au texte uniforme avant d'accepter de l'incorporer dans son droit national. Certaines modifications sont probables, notamment lorsque le texte uniforme est étroitement lié au système judiciaire et procédural national (ce qui est le cas de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale). Du fait de cette souplesse, cependant, une loi type offrira, probablement, un degré et une assurance d'harmonisation moindres qu'une convention. C'est pourquoi il est recommandé aux États d'apporter aussi peu de changements que possible au texte de la Loi type en l'incorporant dans leurs systèmes juridiques.

## B. Intégration de la Loi type dans la législation nationale existante [*par. 20, 21 et 49*]

20. Le champ d'application de la Loi type se limitant à certains aspects procéduraux des insolvabilités internationales, celle-ci est conçue de manière à s'intégrer dans la législation de l'État adoptant relative à l'insolvabilité. Elle présente donc les caractéristiques suivantes:

a) [...]

b) La Loi type offre aux États adoptants la possibilité d'aligner les mesures résultant de la reconnaissance d'une procédure étrangère sur celles qui peuvent être octroyées dans une procédure comparable en vertu de la loi nationale (art. 20);

c) La reconnaissance d'une procédure étrangère n'empêche pas les créanciers locaux d'entamer ou de poursuivre une procédure collective d'insolvabilité dans l'État adoptant (art. 28);

d) à f) [...]

21. Bien que la Loi type puisse, en raison de sa souplesse, être facilement adaptée au système juridique de l'État adoptant, ce dernier devrait tenir dûment compte de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son interprétation (voir par. 91 et 92) et de l'avantage qu'il aurait à adopter des pratiques internationales modernes et généralement acceptables en matière d'insolvabilité. Il est donc conseillé de limiter au minimum les écarts par rapport au texte uniforme, ce qui contribuera à rendre la loi nationale aussi transparente que possible aux yeux des utilisateurs étrangers (voir aussi plus haut, par. 11 et 12). L'uniformité et la transparence présentent l'avantage de permettre aux États adoptants de démontrer plus facilement le fondement de la loi nationale sur l'insolvabilité internationale et d'obtenir plus facilement la coopération d'autres États.

49. [...]

# IV. Principales caractéristiques de la Loi type [*par. 49A à D, 37, 37A à H, 32 et 33, 33A à G*]

49A. Le texte de la Loi type est axé sur quatre principaux éléments retenus à l'issue des études et consultations menées au début des années 1990, avant la négociation de la Loi type, comme étant les points sur lesquels un accord international pourrait être atteint:

a) Accès des représentants étrangers de l'insolvabilité et des créanciers aux tribunaux étrangers et autorisation aux représentants de procédures locales de demander une assistance ailleurs;

b) Reconnaissance de certaines ordonnances rendues par des tribunaux étrangers;

c) Mesures d'assistance aux procédures étrangères;

d) Coopération entre les tribunaux des États où se trouvent les actifs du débiteur et coordination des procédures concurrentes.

## A. Accès

49B. Les dispositions sur l'accès traitent des demandes provenant de l'étranger et adressées à l'étranger. Un représentant de l'insolvabilité de l'État adoptant est autorisé à agir dans un État étranger (art. 5) au titre de la procédure locale. Un représentant étranger a le droit de s'adresser directement aux tribunaux de l'État adoptant (art. 9), de demander dans l'État adoptant, aux conditions applicables dans cet État, l'ouverture d'une procédure pour laquelle une reconnaissance n'est pas exigée (art. 11) et, s'il y a eu reconnaissance, de participer à une procédure ayant trait à l'insolvabilité menée dans l'État adoptant en vertu de la législation de cet État (art. 12).

49C. Le fait qu'un représentant étranger a le droit de s'adresser aux tribunaux de l'État adoptant ne soumet pas ce représentant étranger ni les biens et affaires du débiteur à la compétence de l'État adoptant pour d'autres fins que celles de sa demande (art. 10).

49D. Il convient de noter que les créanciers étrangers ont le même droit que les créanciers locaux de demander l'ouverture d'une procédure ou de participer à une procédure dans l'État adoptant (art. 13).

37. [...]

## B. Reconnaissance

37A. Un des principaux objectifs de la Loi type est d'établir, pour la reconnaissance des procédures étrangères, des procédures simplifiées permettant d'éviter une longue authentification ou d'autres processus et d'apporter de la certitude concernant la décision à reconnaître. La Loi type ne vise pas à la reconnaissance de l'ensemble des procédures étrangères. L'article 17 dispose que sans préjudice de l'article 6, si les conditions de l'article 2 concernant la nature de la procédure

étrangère et le représentant étranger sont remplies et si les preuves exigées à l'article 15 ont été fournies, le tribunal devrait reconnaître la procédure étrangère de plein droit. Le processus de demande et de reconnaissance est facilité par les dispositions de l'article 16, qui permettent au tribunal de l'État adoptant de présumer de l'authenticité et de la validité des certificats et documents provenant de l'État étranger, exigés à l'article 15.

37B. L'article 6 dispose que la reconnaissance peut être refusée au cas où elle serait "manifestement contraire à l'ordre public" de l'État qui la reconnaîtrait. Il peut s'agir d'une question préliminaire à examiner concernant une demande de reconnaissance. On ne tentera pas de donner ici une définition de l'ordre public, cette notion variant d'un État à l'autre. Cependant, l'idée est que cette notion devrait être interprétée de manière restrictive et que l'article 6 n'est censé être utilisé que dans des circonstances exceptionnelles (voir par. 86 à 89).

37C. Une procédure étrangère doit être reconnue en tant que procédure principale ou procédure non principale (art. 17, par. 2). Une procédure principale est une procédure se déroulant là où le débiteur a le centre de ses intérêts principaux [à la date de l'ouverture de la procédure étrangère]. En principe, une telle procédure est censée être responsable au premier titre de l'administration de l'insolvabilité du débiteur, quel que soit le nombre d'États dans lesquels le débiteur a des avoirs et des créanciers, sous réserve de procédures de coordination appropriées tenant compte des nécessités locales. Le centre des intérêts principaux n'est pas défini dans la Loi type, il est présumé être le siège statutaire ou la résidence habituelle du débiteur (art. 16, par. 3).

37D. Une procédure non principale est une procédure se déroulant là où le débiteur a un établissement. Le terme "établissement" est défini comme étant "tout lieu d'opérations où le débiteur exerce de façon non transitoire une activité économique avec des moyens humains et des biens ou des services" (art. 2, al. f)). Une procédure ouverte sur d'autres bases, telles que la présence de biens, sans centre d'intérêts principaux ni établissement, ne peut être reconnue dans le cadre de la Loi type. Les procédures principales et non principales sont examinées plus en détail ci-après aux paragraphes [...].

37E. Étant donné qu'il pourrait s'avérer a posteriori que les motifs de la reconnaissance n'existaient pas lorsque celle-ci a été accordée, ont changé ou ont cessé d'exister, la Loi type (art. 17, par. 4) prévoit la modification ou l'annulation de la décision de reconnaissance.

37F. La reconnaissance d'une procédure étrangère en vertu de la Loi type a plusieurs effets. Le plus important d'entre eux est l'octroi de mesures destinées à faciliter la procédure étrangère (art. 20 et 21). En outre, le représentant étranger a le droit de participer à toute procédure locale d'insolvabilité concernant le débiteur (art. 13), d'engager une action aux fins d'annuler des opérations antérieures (art. 23) et d'intervenir dans toute procédure à laquelle le débiteur est partie (art. 24).

## C. Mesures

37G. Un principe fondamental de la Loi type est que les mesures jugées nécessaires pour la conduite coordonnée et équitable d'une procédure d'insolvabilité

internationale devraient être disponibles pour faciliter la procédure étrangère, que ce soit à titre provisoire ou à la suite d'une reconnaissance. La Loi type précise donc les mesures disponibles dans les deux cas. Elle n'importe donc pas nécessairement les mesures prévues par la législation étrangère dans le système d'insolvabilité de l'État adoptant, et n'applique pas non plus nécessairement à la procédure étrangère la mesure qui serait disponible dans la législation de l'État adoptant. Cependant, comme on l'a noté plus haut, il est possible d'aligner les mesures résultant de la reconnaissance d'une procédure étrangère sur celles qui peuvent être octroyées dans une procédure comparable engagée en vertu de la loi de l'État adoptant (art. 20).

37H. Des mesures provisoires peuvent être prises par le tribunal, à sa discrétion, entre la demande de reconnaissance et la décision la concernant (art. 19); des mesures précises sont disponibles dès la reconnaissance d'une procédure principale (art. 20); et des mesures peuvent être prises à la discrétion du tribunal après reconnaissance d'une procédure principale ou non principale (art. 21). Dans le cas d'une procédure principale, les mesures discrétionnaires s'ajoutent à celles qui découlent de la reconnaissance.

32. Les principales mesures octroyées après la reconnaissance d'une procédure étrangère "principale" sont la suspension des actions des créanciers individuels contre le débiteur ou des procédures d'exécution concernant les biens du débiteur, et la suspension du droit du débiteur de transférer ou de grever ses biens (art. 20, par. 1). Cette suspension ou interdiction est "impérative" (ou "automatique") en ce sens qu'elle découle automatiquement de la reconnaissance d'une procédure étrangère principale ou que, dans les États où il faut une ordonnance du tribunal pour la suspension ou l'interdiction, le tribunal est tenu de délivrer l'ordonnance appropriée. La suspension des actions ou des procédures d'exécution est nécessaire pour laisser un "répit" jusqu'à ce que des mesures appropriées soient prises aux fins du redressement des affaires du débiteur ou de la liquidation équitable de ses biens. La suspension des transferts l'est parce que dans un système économique moderne et mondialisé, les débiteurs multinationaux peuvent déplacer rapidement d'un pays à un autre leur argent et leurs biens. Le moratoire impératif déclenché par la reconnaissance d'une procédure étrangère principale permet donc un "gel" rapide, essentiel pour prévenir la fraude et protéger les intérêts légitimes des parties intéressées jusqu'à ce que le tribunal puisse aviser tous les intéressés et évaluer la situation.

33. [...]

33A. En ce qui concerne les mesures provisoires et discrétionnaires, le tribunal peut imposer des conditions et modifier les mesures ou les faire cesser pour protéger les intérêts des créanciers et d'autres personnes touchées par les mesures ordonnées (art. 22).

## D. Coopération et coordination

*Coopération*

33B. La Loi type habilite expressément les tribunaux à coopérer dans les domaines qu'elle régit et à communiquer directement avec les tribunaux étrangers. Les

représentants étrangers sont également autorisés à coopérer avec les tribunaux et entre eux. La coopération est examinée en détail aux paragraphes 173 à 183.

*Note à l'intention du Groupe de travail*

Le paragraphe 173A, qui traite des articles du chapitre IV sur la coopération et la coordination, souligne que la coopération en vertu de la Loi type ne dépend pas de la reconnaissance et peut donc se produire bien avant une demande de reconnaissance et au sujet d'une procédure ne constituant pas une procédure étrangère au sens de l'article 2. Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer s'il y a lieu de préciser ce point dans l'introduction.

33C. Sachant que l'idée de coopération peut ne pas être familière à de nombreux juges et représentants de l'insolvabilité, l'article 27 énumère certaines formes possibles de coopération. Celles-ci sont examinées plus en détail dans le Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale[10] qui rassemble également des données pratiques et concrètes sur l'utilisation et la négociation des accords d'insolvabilité internationale.

*Procédures concurrentes*

33D. Plusieurs dispositions de la Loi type traitent de la coordination des procédures concurrentes. Elles visent à encourager l'adoption de décisions permettant d'atteindre au mieux les objectifs des deux procédures.

33E. La reconnaissance d'une procédure étrangère principale n'empêche pas l'ouverture d'une procédure locale (art. 28), et l'ouverture d'une procédure locale ne fait pas cesser la reconnaissance déjà accordée à une procédure étrangère ni n'empêche la reconnaissance d'une procédure étrangère.

33F. L'article 29 traite de l'ajustement des mesures disponibles en cas de procédures concurrentes. Le principe de base est que toute mesure prise dans le cadre d'une procédure étrangère reconnue doit être conforme à la procédure locale, que la procédure étrangère ait été reconnue avant ou après l'ouverture de la procédure locale. Par exemple, si la procédure locale est déjà engagée au moment de la demande de reconnaissance, les mesures prises dans le cadre de la procédure étrangère doivent être conformes à la procédure locale. Si la procédure étrangère est reconnue comme procédure principale, les mesures découlant automatiquement de la reconnaissance en vertu de l'article 20 ne s'appliquent pas.

33G. Les articles 31 et 32 énoncent des moyens de coordination supplémentaires. L'article 31 établit une présomption selon laquelle la reconnaissance d'une procédure étrangère constitue une preuve suffisante de l'insolvabilité lorsque celle-ci est une condition de l'ouverture d'une procédure locale. L'article 32 établit la règle du rapport à la masse pour éviter les situations où un créancier demanderait et obtiendrait le remboursement d'une créance dans plusieurs procédures d'insolvabilité et pourrait ainsi jouir d'un traitement plus favorable que les autres créanciers.

---

[10] Le texte du Guide pratique est disponible à l'adresse www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts.html.

# V. Observations par article

**Préambule** [*par. 54, 55, 51, 51A, 52, 53 et 56*]

54. Le préambule énonce succinctement les objectifs fondamentaux de la Loi type. Il ne vise pas à créer de droits quant au fond mais à donner des indications générales aux utilisateurs de la Loi type et à faciliter son interprétation.

55. [...]

*Utilisation du terme "insolvabilité" [par. 51, 51A, 52, 53 et 56]*

51. Étant donné que le concept de "procédure d'insolvabilité" peut varier selon les États, la Loi type ne définit pas le terme "insolvabilité"[11]. Cependant, le mot "insolvabilité" tel qu'il est utilisé dans la Loi type désigne divers types de procédures collectives concernant des débiteurs insolvables ou en proie à de graves problèmes financiers. La raison en est que la Loi type comprend des procédures concernant différents types de débiteurs, dont certaines visent à liquider ou restructurer les actifs de celui-ci. Une procédure judiciaire ou administrative menée pour liquider une entité solvable afin de la dissoudre et d'autres procédures étrangères ne relevant pas de l'article 2 a) ne sont pas des procédures d'insolvabilité au sens de la Loi type.

51A. Les débiteurs dont il est question dans la Loi type sont généralement ceux qui relèvent du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité et pourraient donc engager une procédure d'insolvabilité conformément aux recommandations 15 et 16 du Guide législatif[12], s'agissant généralement de débiteurs incapables d'acquitter leurs dettes à l'échéance ou dont le passif excède la valeur des actifs.

52. Il convient de noter que dans certains pays, l'expression "procédure d'insolvabilité" a un sens technique étroit et peut par exemple renvoyer exclusivement à une procédure collective concernant une société ou personne morale ou visant une personne physique. La Loi type n'entend établir aucune distinction de cet ordre, puisqu'elle est censée pouvoir s'appliquer à une procédure concernant aussi bien un débiteur personne physique qu'un débiteur personne morale. Si dans l'État adoptant le mot "insolvabilité" peut donner à penser qu'il

---

[11] Le Guide législatif explique que l'insolvabilité est l'"état d'un débiteur qui est généralement dans l'incapacité d'acquitter ses dettes à leur échéance ou situation dans laquelle son passif excède la valeur de ses actifs" et la procédure d'insolvabilité une "procédure collective, soumise à la supervision d'un tribunal, en vue d'un redressement ou d'une liquidation".

[12] Les recommandations 15 et 16 disposent ce qui suit:

15. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'une procédure d'insolvabilité peut être ouverte à la demande d'un débiteur si ce dernier peut démontrer:

a) Qu'il est ou sera dans l'incapacité générale de payer ses dettes à leur échéance; ou

b) Que son passif dépasse la valeur de son actif.

16. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'une procédure d'insolvabilité peut être ouverte à la demande d'un créancier s'il peut être démontré:

a) Que le débiteur est ou sera dans l'incapacité générale de payer ses dettes à leur échéance; ou

b) Que le passif du débiteur dépasse la valeur de son actif.

s'agit d'un type particulier de procédure collective, il convient d'utiliser un autre terme pour désigner les procédures visées par la Loi type.

53. [...]

*"État"*

56. Le mot "État", utilisé dans le préambule et tout au long de la Loi type, désigne l'entité qui incorpore la Loi type dans son droit national (l'"État adoptant"). Il ne désigne pas, par exemple, un État faisant partie d'un pays au sein d'un système fédéral. La législation nationale peut recourir à un autre terme d'usage courant à cette fin.

*Note à l'intention du Groupe de travail*

Dans le document A/CN.9/WG.V/WP.95, aux paragraphes 34 et 35, il est demandé si l'entité administrée par le représentant étranger est un "débiteur" au regard du droit de l'État accordant la reconnaissance. La loi type ne définit pas le terme "débiteur". Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer si cette question doit être traitée dans le Guide pour l'incorporation; à l'heure actuelle, le seul passage portant sur les types de débiteurs envisagés par la Loi type est le paragraphe 2 de l'article 1 (par. 60 à 66 du Guide pour l'incorporation), qui prévoit l'exclusion de certains débiteurs, tels que les entités soumises à un régime spécial.

## CHAPITRE PREMIER. DISPOSITIONS GÉNÉRALES – ARTICLES 1 à 8

*Article premier. Champ d'application*

*Paragraphe 1 [par. 57 à 59]*

57. Le paragraphe 1 de l'article premier décrit les types de situations pouvant survenir dans les affaires d'insolvabilité internationale et pour lesquelles la Loi type prévoit des solutions: a) demandes provenant de l'étranger aux fins de la reconnaissance d'une procédure étrangère; b) demandes d'un tribunal ou d'un représentant [de l'insolvabilité] de l'État adoptant, adressées à l'étranger, aux fins de la reconnaissance d'une procédure d'insolvabilité ouverte conformément à la législation de l'État adoptant; c) coordination de procédures se déroulant concurremment dans deux États ou plus; et d) participation de créanciers étrangers à une procédure d'insolvabilité se déroulant dans l'État adoptant.

58. [*supprimé*]

59. Le terme "assistance" employé aux alinéas a) et b) du paragraphe 1 vise à couvrir diverses situations traitées dans la Loi type, dans lesquelles un tribunal ou un représentant de l'insolvabilité d'un État peut demander à un tribunal ou à un représentant de l'insolvabilité d'un autre État une assistance dans le cadre de la Loi type. La Loi définit certaines de ces mesures (par exemple, art. 19-1 a) et b), art. 21-1 a) à f) et 21-2, et art. 27 a) à e)), d'autres mesures possibles étant visées par une formulation plus large (telle que celle de l'article 21-1 g)).

*Paragraphe 2 (procédures d'insolvabilité soumises à un régime spécial) [par. 60 à 65]*

*Non-commerçants et personnes physiques [par. 66]*

*Article 2. Définitions*

*Alinéas a) à d) [par. 67 et 68A]*

67. Puisque la Loi type sera incorporée dans la législation nationale, l'article 2 ne doit définir que les termes particuliers aux insolvabilités internationales. Ainsi, la Loi type définit les termes "procédure étrangère" (al. a)) et "représentant étranger" (al. d)) mais pas la personne ou l'organe pouvant être chargé d'administrer les biens du débiteur dans une procédure d'insolvabilité ouverte dans l'État adoptant. Dans la mesure où il serait utile de définir dans la loi nationale le terme utilisé pour désigner une telle personne ou un tel organe (plutôt que d'employer uniquement le terme courant), cette définition peut être ajoutée à celles qui figurent dans la loi donnant effet à la Loi type[13].

68. En précisant les caractéristiques requises d'une "procédure étrangère" et d'un "représentant étranger", les définitions limitent le champ d'application de la Loi type. Pour qu'une procédure puisse être reconnue ou faire l'objet d'une coopération au titre de la Loi type et pour qu'un représentant étranger puisse avoir accès aux tribunaux locaux au titre de la même Loi, la procédure étrangère et le représentant étranger doivent satisfaire aux conditions énoncées aux alinéas a) et d).

68A. Les procédures ne présentant pas ces caractéristiques ne pourraient pas prétendre à une reconnaissance en vertu de la Loi type.

*Alinéa a) – Procédure étrangère [par. 71, 23 à 23B, 24 à 24G, 69 et 70]*

71. En définissant les procédures ou les personnes provenant de différents pays, on a évité d'employer des expressions pouvant revêtir une signification technique différente dans différents systèmes juridiques et on s'est attaché à décrire leur finalité ou leur fonction. Cette technique permet d'éviter de restreindre involontairement le champ des procédures étrangères pouvant être reconnues et d'éviter tout conflit inutile avec la terminologie utilisée dans les textes législatifs de l'État adoptant. Comme il est noté plus haut, au paragraphe 52, l'expression "procédure d'insolvabilité" peut avoir un sens technique dans certains systèmes juridiques, mais dans l'alinéa a) elle désigne au sens large les procédures concernant des débiteurs insolvables ou ayant de graves problèmes financiers.

72. [*supprimé*]

23. Pour qu'une procédure étrangère tombe sous le coup de la Loi type, il faut qu'elle soit fondée dans la législation sur l'insolvabilité de l'État adoptant; que les créanciers agissent collectivement; que les avoirs et affaires du débiteur soient contrôlés ou supervisés par un tribunal ou un autre organisme officiel; et que la procédure vise le redressement ou la liquidation du débiteur. Il est déterminé au

---

[13] Le Guide législatif utilise pour désigner une telle personne l'expression "représentant de l'insolvabilité", la définissant comme "une personne ou un organe, même nommé à titre provisoire, habilité dans une procédure d'insolvabilité à administrer le redressement ou la liquidation de la masse de l'insolvabilité".

moment de l'examen de la demande de reconnaissance si la procédure étrangère remplit ces conditions.

23A. Comme le souligne l'alinéa e) du préambule, la Loi type concerne principalement les débiteurs insolvables ou connaissant de graves difficultés financières et les lois permettant d'empêcher que ces débiteurs ne connaissent de telles difficultés financières ou d'y remédier. Comme on l'a dit plus haut (par. 51A), ces débiteurs sont généralement ceux qui répondraient aux critères d'ouverture d'une procédure examinés dans le Guide législatif, s'agissant généralement de débiteurs incapables d'acquitter leurs dettes à l'échéance ou dont le passif excède la valeur des actifs (recommandations 15 et 16).

*i) Procédure collective*

23B. En principe, une procédure collective est une procédure portant sur l'ensemble de l'actif et du passif du débiteur et sur les droits et créances de l'ensemble des créanciers, par opposition à une procédure visant à aider un créancier particulier à obtenir le paiement des sommes qui lui sont dues ou à un processus visant d'autres fins que de régler la situation d'insolvabilité ou les graves problèmes financiers du débiteur. Une procédure ne devrait pas être exclue au seul motif qu'elle ne touche pas les droits d'une catégorie de créanciers, pas plus qu'une procédure d'insolvabilité excluant les biens grevés de la masse de l'insolvabilité, dont l'ouverture n'a aucune incidence sur ces biens et permettant aux créanciers garantis de faire valoir leurs droits en dehors de la loi sur l'insolvabilité (voir Guide législatif, deuxième partie, chap. II, par. 7 à 9).

24. Sur la base des paramètres de la définition de la procédure étrangère, des procédures collectives de divers types pourraient être reconnues: obligatoires ou volontaires, concernant des personnes morales ou physiques, visant la liquidation ou le redressement. Il pourrait également s'agir d'une procédure dans laquelle le débiteur conserve un certain contrôle sur ses biens, même si c'est sous la surveillance d'un tribunal (par exemple suspension des paiements, "débiteur en possession").

24A. La Loi type reconnaît qu'à certaines fins, une procédure d'insolvabilité peut être ouverte dans des circonstances précises définies par la loi et n'impliquant pas nécessairement l'insolvabilité du débiteur. Il est indiqué au paragraphe 194 ci-après que ces circonstances peuvent être la cessation de paiements ou l'accomplissement par le débiteur de certains actes tels qu'une décision concernant l'entreprise, la dispersion de ses biens ou l'abandon de son établissement. Il est noté au paragraphe 195 ci-après que, dans les pays où l'insolvabilité est une condition préalable à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, l'article 31 établit après reconnaissance d'une procédure étrangère principale une présomption réfragable d'insolvabilité du débiteur aux fins de l'ouverture d'une procédure locale.

*ii) Régie par une loi relative à l'insolvabilité*

24B. Cette expression est utilisée dans la Loi type pour tenir compte du fait que la liquidation et le redressement pourraient se faire en application de textes ne portant pas le nom de loi sur l'insolvabilité mais traitant cependant de l'insolvabilité ou de graves problèmes financiers (par exemple une loi sur les sociétés). Le but était de trouver une dénomination suffisamment large pour englober toutes les dispositions

concernant l'insolvabilité, quel que soit le type de texte où elles sont énoncées[14], indépendamment du fait que les textes qui les contiennent portent exclusivement sur l'insolvabilité. Une simple procédure visant non pas à restructurer les affaires d'une entité solvable mais à la dissoudre ne relèvera probablement pas d'une loi relative à l'insolvabilité ou aux graves problèmes financiers.

*iii) Contrôle ou surveillance d'un tribunal étranger*

24C. La Loi type ne précise ni le niveau de contrôle ou de surveillance requis pour satisfaire la définition, ni le moment où doivent commencer cette surveillance ou ce contrôle. Même si le contrôle ou la surveillance visés à l'alinéa a) sont censés avoir un caractère officiel, ils peuvent être potentiels plutôt qu'effectifs. Comme il est noté au paragraphe 24, une procédure dans laquelle le débiteur conserve un certain contrôle sur ses biens, même si c'est sous la surveillance d'un tribunal, comme dans le cas du débiteur en possession, répond à cette exigence. Le contrôle ou la surveillance peuvent être exercés directement par le tribunal mais aussi par un représentant de l'insolvabilité si par exemple celui-ci est soumis au contrôle ou à la surveillance du tribunal. La simple surveillance du représentant de l'insolvabilité par une autorité délivrant des licences ne suffirait pas.

24D. Des procédures accélérées telles que celles mentionnées dans le Guide législatif (voir deuxième partie, chap. IV, par. 76 à 94 et recommandations 160 à 168) ne devraient pas être exclues. Il s'agit de procédures sur lesquelles le tribunal exerce un contrôle ou une surveillance à un stade avancé du processus d'insolvabilité. Les procédures sur lesquelles le tribunal a exercé un contrôle ou une surveillance mais n'est plus tenu de le faire au moment de la demande de reconnaissance ne devraient pas être exclues non plus. Il peut s'agir de cas où un plan de redressement a été approuvé et où le tribunal n'a plus aucun rôle à jouer dans la mise en œuvre de ce plan, mais où la procédure reste ouverte [ou pendante] et le tribunal conserve sa compétence jusqu'à ce que la mise en œuvre soit achevée.

24E. L'alinéa a) précise que les biens et les affaires du débiteur doivent être soumis au contrôle ou à la surveillance, il ne suffit donc pas que seuls les biens ou seules les affaires soient couverts par la procédure étrangère.

*iv) Aux fins de redressement ou de liquidation*

24F. Certains types de procédures pouvant correspondre à certains éléments de la définition d'une procédure étrangère visée à l'alinéa a) de l'article 2 ne peuvent toutefois pas prétendre à la reconnaissance parce qu'elles n'ont pas pour finalité déclarée le redressement ou la liquidation. Il peut s'agir de procédures visant à empêcher la dispersion et le gaspillage et non à liquider ou restructurer la masse de l'insolvabilité, de procédures visant à éviter un préjudice aux investisseurs et non à l'ensemble des créanciers (auquel cas il ne s'agira probablement pas d'une procédure collective), ou d'une procédure dans laquelle les pouvoirs conférés et les devoirs imposés au représentant étranger sont plus restreints que ceux qu'on associe généralement à la liquidation ou à la restructuration, et se limitent par exemple à la préservation des biens.

---

[14] A/CN.9/422, par. 49.

24G. Les types de procédures ne pouvant pas prétendre à la reconnaissance pourraient être notamment des mesures ou des accords d'arrangement financier pris par le débiteur et certains de ses créanciers sur une base purement contractuelle concernant une partie de la dette si les négociations n'ont pas débouché sur l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, notamment ceux désignés dans le Guide législatif sous le nom de procédures accélérées (voir par. 24D), menés en vertu de la loi sur l'insolvabilité. De telles mesures ne répondront généralement pas à l'exigence du caractère collectif de la procédure ni à celle d'un contrôle ou d'une surveillance par le tribunal (voir par. 24C à E). En raison du grand nombre de formes distinctes que pourraient prendre ces mesures, il serait difficile de les traiter dans une règle générale sur la reconnaissance[15]. D'autres procédures n'exigeant pas le contrôle ou la surveillance d'un tribunal ne pourront pas non plus prétendre à la reconnaissance.

*Procédure provisoire*

69. Les définitions des alinéas a) et d) s'étendent à la "procédure provisoire" et au représentant "nommé à titre provisoire". Dans un État où les procédures provisoires n'existent pas ou ne répondent pas aux conditions de la définition, il peut se poser la question de savoir si la reconnaissance d'une "procédure étrangère provisoire" risque d'avoir en vertu de la Loi type des conséquences perturbatrices que la situation ne justifie pas. Indépendamment du traitement que l'État adoptant réserve à la procédure provisoire, il est conseillé de maintenir la référence à la "procédure provisoire" à l'alinéa a) et celle au représentant étranger nommé "à titre provisoire" à l'alinéa d). La raison en est que dans la pratique de nombreux pays, la procédure d'insolvabilité est souvent ou même généralement ouverte à titre "provisoire". Mis à part le fait qu'elles sont dites provisoires, ces procédures remplissent l'ensemble des autres conditions de la définition de l'article 2 a). De telles procédures sont souvent menées durant des semaines ou des mois en tant que procédures "provisoires" administrées par des personnes nommées à titre "provisoire", et ce n'est que plus tard qu'un tribunal rend une ordonnance confirmant la poursuite de la procédure à titre non provisoire. Les objectifs de la Loi type s'appliquent pleinement à ces "procédures provisoires" (si les conditions des alinéas a) et d) sont remplies); il n'y a donc pas lieu de faire de différence entre elles et d'autres procédures d'insolvabilité au simple motif qu'elles sont décrites comme ayant un caractère provisoire. Le fait qu'une procédure provisoire et le représentant étranger doivent répondre à toutes les conditions de l'article 2 est souligné au paragraphe 1 de l'article 17, aux termes duquel une procédure étrangère ne peut être reconnue que si elle est "une procédure au sens de l'alinéa a) de l'article 2" et si "le représentant étranger demandant la reconnaissance est une personne ou un organe au sens de l'alinéa d) de l'article 2".

70. L'article 18 vise le cas où, après la demande de reconnaissance ou après la reconnaissance, la procédure étrangère ou le représentant étranger, provisoire ou non, cesse de remplir les conditions des alinéas a) et d) de l'article 2 (voir par. 133 et 134 ci-après).

---

[15] A/CN.9/419, par. 19 et 29.

*Alinéa b) – procédure étrangère principale [par. 31 à 31C]*

31. Une procédure étrangère est réputée être la procédure "principale" si elle a été ouverte dans l'État où "le débiteur a le centre de ses intérêts principaux". Cette formulation correspond à celle de l'article 3 du Règlement CE (fondée sur celle adoptée précédemment dans la Convention de l'Union européenne relative aux procédures d'insolvabilité), renforçant ainsi l'harmonisation en cours en ce qui concerne la notion de procédure "principale". La reconnaissance d'une procédure étrangère en tant que procédure "principale" peut influer sur la nature des mesures octroyées au représentant étranger en vertu des articles 20 et 21, sur la coordination de la procédure étrangère avec les procédures pouvant être ouvertes dans l'État accordant la reconnaissance en vertu du chapitre IV et avec d'autres procédures concurrentes en vertu du chapitre V.

31A. La Loi type ne définit pas l'expression "centre des intérêts principaux". Cependant, un rapport explicatif sur la Convention européenne (le rapport Virgos-Schmit)[16] contenait des indications sur le concept de "procédure d'insolvabilité principale" et, bien que la Convention soit ensuite devenue caduque, ce rapport a été généralement accepté comme facilitant l'interprétation de l'expression "centre des intérêts principaux" figurant dans le Règlement CE. Puisque la formulation de "centre des intérêts principaux" dans le Règlement CE correspond à celle de la Loi type, bien qu'à des fins différentes (voir par. 123A), la jurisprudence de l'interprétation du Règlement CE peut également être pertinente pour l'interprétation de la Loi type.

31B. Les considérants 12 et 13 du Règlement CE se lisent comme suit:

> "(12) Le présent règlement permet d'ouvrir les procédures d'insolvabilité principales dans l'État membre où se situe le centre des intérêts principaux du débiteur. Ces procédures ont une portée universelle et visent à inclure tous les actifs du débiteur. En vue de protéger les différents intérêts, le présent règlement permet d'ouvrir des procédures secondaires[17] parallèlement à la procédure principale. Des procédures secondaires peuvent être ouvertes dans l'État membre dans lequel le débiteur a un établissement. Les effets des procédures secondaires se limitent aux actifs situés dans cet État. Des règles impératives de coordination avec les procédures principales satisfont l'unité nécessaire au sein de la Communauté.
>
> (13) Le centre des intérêts principaux devrait correspondre au lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts et qui est donc vérifiable par les tiers."

31C. Dans le rapport Virgos-Schmit, le concept de "procédure d'insolvabilité principale" était expliqué comme suit:

---

16 M. Virgos et E. Schmit, Report on the Convention on Insolvency Proceedings (Rapport sur la Convention relative aux procédures d'insolvabilité), Bruxelles, 3 mai 1996. Le rapport a été publié en juillet 1996, il est disponible (en anglais) à l'adresse http://aei.pitt.edu/952.

17 Le Règlement CE parle de "procédures secondaires", la Loi type de "procédures non principales".

"**73. Procédure d'insolvabilité principale**

Le paragraphe 1 de l'article 3 autorise l'ouverture de la procédure d'insolvabilité universelle dans l'État contractant où le débiteur a le centre de ses intérêts principaux. La procédure d'insolvabilité principale a un caractère universel et englobe tous les avoirs du débiteur, partout dans le monde, et affecte tous les créanciers, où qu'ils se trouvent.

Une seule procédure principale peut être ouverte sur le territoire relevant de la Convention.

...

75. Le concept de 'centre des intérêts principaux' doit être interprété comme désignant le lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts et qui est donc vérifiable par les tiers.

La raison d'être de cette règle s'explique facilement. L'insolvabilité est un risque prévisible. Il importe par conséquent que la compétence d'un autre État (ce qui, comme nous le verrons, entraîne l'application des lois relatives à l'insolvabilité de cet État contractant) soit fondée sur un lieu connu des créanciers potentiels du débiteur. Cela permet en effet de calculer les risques juridiques à prévoir en cas d'insolvabilité.

En employant l'expression 'intérêts', les rédacteurs de la Convention ont eu l'intention d'englober non seulement des activités de caractère commercial, industriel ou professionnel, mais aussi toute activité économique en général, de manière à englober les activités des particuliers (par exemple les consommateurs). L'adjectif 'principaux' est le critère au regard duquel doivent être déterminés les cas dans lesquels les intérêts en question englobent des activités de types différents qui sont gérées à partir de centres différents.

En principe, le centre des intérêts principaux sera, dans le cas des professionnels, leur domicile professionnel et, dans le cas des personnes physiques en général, leur résidence habituelle.

Lorsqu'il s'agit de sociétés et de personnes morales, la Convention présume, sauf preuve du contraire, que le centre des intérêts principaux du débiteur est le lieu de son principal établissement, lequel correspond habituellement au lieu de son siège statutaire."

Le centre des intérêts principaux est examiné plus en détail dans les remarques sur l'article 16.

*Alinéa c) – procédure étrangère non principale [par. 73]*

73. Aux termes de l'alinéa c), une "procédure étrangère non principale" a lieu dans un État où le débiteur a un "établissement" (voir ci-après, par. 75 et 75A). Une procédure étrangère non principale susceptible d'être reconnue en vertu du paragraphe 2 de l'article 17 ne peut donc être qu'une procédure ouverte dans un État où le débiteur a un établissement au sens de l'alinéa f) de l'article 2. Cette règle n'a pas d'incidence sur la disposition de l'article 28, selon laquelle une procédure d'insolvabilité peut être ouverte dans l'État adoptant si le débiteur y possède des biens. Il convient toutefois de noter que les effets d'une procédure d'insolvabilité ouverte uniquement sur la base de la présence de biens se limitent normalement aux

biens situés dans l'État en question; si d'autres biens du débiteur situés à l'étranger devaient, en vertu de la loi de l'État adoptant, être administrés dans le cadre de la procédure d'insolvabilité (comme cela est envisagé à l'article 28), cette question de caractère transnational devrait être traitée au titre de la coopération et de la coordination internationales en vertu des articles 25 à 27 de la Loi type.

*Alinéa e) [par. 74]*

74. Une procédure étrangère répondant aux conditions énoncées à l'alinéa a) de l'article 2 doit être traitée de la même façon, qu'elle ait été ouverte et supervisée par un organe judiciaire ou par un organe administratif. Pour éviter de devoir mentionner une autorité non judiciaire étrangère à chaque fois qu'il est fait référence à un tribunal étranger, la définition de l'expression "tribunal étranger" à l'alinéa e) englobe donc également les autorités non judiciaires. L'alinéa e) s'inspire d'une définition analogue figurant à l'alinéa d) de l'article 2 du Règlement CE, ainsi que du Guide législatif (Introduction, par. 12 i)), du Guide pratique de la CNUDCI (Introduction, par. 7 et 8) et du point de vue du juge.

*Alinéa f) [par. 75 à 75B]*

75. La définition du terme "établissement" est inspirée de l'alinéa h) de l'article 2 de la Convention de l'Union européenne relative aux procédures d'insolvabilité. Ce terme est employé dans la définition de la "procédure étrangère non principale" (alinéa c) de l'article 2) et dans le contexte du paragraphe 2 de l'article 17, selon lequel pour qu'une procédure étrangère non principale soit reconnue, le débiteur doit avoir un établissement dans l'État étranger (voir aussi par. 73 ci-dessus).

75A. Le Rapport Virgos-Schmit sur la Convention donne quelques précisions à ce sujet:

> "On entend par lieu d'opérations un lieu à partir duquel une activité économique est exercée sur le marché (c'est-à-dire à l'extérieur), que cette activité soit commerciale, industrielle ou professionnelle.
>
> Le fait que cette activité doive être exercée avec des moyens humains montre qu'un certain degré d'organisation est nécessaire. Un lieu d'opérations purement occasionnel ne peut pas être considéré comme un 'établissement'. Une certaine stabilité est requise. La formule négative ('non transitoire') vise à éviter de fixer un délai minimum. Le facteur décisif est l'apparence de l'activité à l'extérieur, et non l'intention du débiteur."[18]

75B. Puisque le terme "établissement" est défini, l'analyse qu'effectue le tribunal concernant l'existence d'un établissement du débiteur revêt un caractère purement factuel. Contrairement à ce qui se produit dans le cas de la "procédure étrangère principale", il n'existe aucune présomption pour ce qui est de déterminer l'existence d'un établissement. Une question juridique se pose quant à savoir si l'expression "non transitoire" renvoie à la durée de l'activité économique en question ou au lieu où elle est exercée. L'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, l'existence de dettes et la seule présence de marchandises isolées, de comptes bancaires ou d'autres biens ne satisferaient pas en principe la définition de l'établissement.

---

[18] Rapport Virgos-Schmit, par. 7.1.

[Cependant, la présence d'un actif conjuguée à un minimum de gestion de cet actif pourrait suffire pour constituer un "établissement".]

*Note à l'intention du Groupe de travail*

Le Groupe de travail voudra peut-être envisager d'inclure la dernière phrase du paragraphe 75B afin d'introduire de la souplesse pour ce qui est de déterminer ce qui pourrait constituer un établissement et éviter une interprétation étroite.

*Article 3. Obligations internationales du présent État [par. 76 à 78]*

*Article 4.* [Tribunal ou autorité compétent][1] [*par. 79 à 83*]

*Article 5. Autorisation donnée à* [insérer le titre de la personne ou de l'organe chargé d'administrer un redressement ou une liquidation en vertu de la loi de l'État adoptant] *d'agir dans un État étranger [par. 84 et 85]*

*Article 6. Exception d'ordre public [par. 86 à 89]*

*Article 7. Assistance additionnelle en vertu d'autres lois [par. 90]*

*Article 8. Interprétation [par. 91 et 92]*

91. [...]

92. Une interprétation harmonisée de la Loi type est facilitée par le système d'information concernant la jurisprudence relative aux textes de la CNUDCI (CLOUT), dans le cadre duquel le secrétariat de la Commission publie des sommaires de décisions judiciaires (et, le cas échéant, de sentences arbitrales) qui interprètent les conventions et les lois types découlant des travaux de la Commission. Pour de plus amples informations sur ce système, voir le paragraphe 202 ci-après.

## CHAPITRE II. ACCÈS DES REPRÉSENTANTS ET CRÉANCIERS ÉTRANGERS AUX TRIBUNAUX DU PRÉSENT ÉTAT – ARTICLES 9 à 14

*Article 9. Droit d'accès direct [par. 93]*

93. Un des objectifs importants de la Loi type est de donner aux représentants étrangers un accès direct et rapide aux tribunaux de l'État adoptant. L'article 9 se limite à énoncer le principe de l'accès direct du représentant étranger aux tribunaux de l'État adoptant, le dispensant de formalités telles que licences ou action consulaire. L'article 4 traite de la compétence des tribunaux de l'État adoptant pour ce qui est d'accorder des mesures au représentant étranger.

*Article 10. Compétence limitée [par. 94 à 96]*

*Article 11. Demande d'ouverture par le représentant étranger d'une procédure en vertu de* [indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité] [*par. 97 à 99*]

*Article 12. Participation du représentant étranger à une procédure ouverte en vertu de* [indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité] *[par. 100 à 102]*

100. L'article 12 vise à garantir que lorsqu'une procédure d'insolvabilité à l'encontre d'un débiteur a lieu dans l'État adoptant, le représentant étranger d'une procédure concernant le débiteur se voit octroyer, par effet de la reconnaissance de la procédure étrangère, la capacité [(ou "légitimité procédurale")] de présenter une requête, une demande ou des conclusions sur des questions telles que la protection, la réalisation ou la répartition des biens du débiteur ou la coopération avec la procédure étrangère.

*Note à l'intention du Groupe de travail*

Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer s'il faut conserver la référence à la "légitimité procédurale" (voir aussi par. 166 ci-après).

101. [...]

102. [...]

*Article 13. Accès des créanciers résidant à l'étranger à une procédure ouverte en vertu de* [indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité] [*par. 103 à 105*]

*Article 14. Notification aux créanciers résidant à l'étranger d'une procédure ouverte en vertu de* [indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité] [*par. 106 à 111*]

[*Suite dans le document A/CN.9/WG.V/WP.103/Add.1*]

**A/CN.9/WG.V/WP.103/Add.1 (Original: anglais)**

# Note du Secrétariat sur l'interprétation et l'application de certains concepts de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale en rapport avec le centre des intérêts principaux, soumise au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa quarante et unième session

ADDITIF

**TABLE DES MATIÈRES**

V. Observations par article (*suite*) . . . . .

CHAPITRE III. RECONNAISSANCE DE LA PROCÉDURE ÉTRANGÈRE ET MESURES DISPONIBLES . . . . .

CHAPITRE IV. COOPÉRATION AVEC LES TRIBUNAUX ÉTRANGERS ET LES REPRÉSENTANTS ÉTRANGERS . . . . .

CHAPITRE V. PROCÉDURES CONCURRENTES . . . . .

VI. Assistance du secrétariat de la CNUDCI . . . . .

---

## V. Observations par article (*suite*)

### CHAPITRE III. RECONNAISSANCE DE LA PROCÉDURE ÉTRANGÈRE ET MESURES DISPONIBLES

*Article 15. Demande de reconnaissance de la procédure étrangère [par. 112 à 121]*

*Ensemble de l'article*

112. La Loi type évite de recourir à des commissions rogatoires lourdes et lentes ou à d'autres formes de communication diplomatique ou consulaire sinon nécessaires. Cela facilite une approche coordonnée, fondée sur la coopération, des affaires d'insolvabilité internationale et permet d'agir rapidement. L'article 15 définit les principales conditions de procédure pour une demande de reconnaissance émanant d'un représentant étranger. Lors de son incorporation dans le droit interne, il est souhaitable de ne pas alourdir le processus en y ajoutant des conditions de procédure autres que celles mentionnées. Avec l'article 15, associé à l'article 16, la Loi type offre à un représentant étranger qui demande une reconnaissance une démarche simple et rapide.

113 à 121. [...]

*Article 16. Présomptions concernant la reconnaissance [par. 122 à 122B et 123 à 123K]*

122. L'article 16 établit des présomptions qui permettent et encouragent une procédure rapide dans les cas où il peut être essentiel d'agir rapidement. Ces présomptions permettent au tribunal d'accélérer le processus relatif à la preuve, mais ne l'empêchent pas, conformément au droit procédural applicable, de demander ou d'évaluer d'autres preuves si la conclusion découlant de la présomption est mise en doute.

*Paragraphe 1 [par. 122A et 122B]*

122A. Le paragraphe 1 de l'article 16 crée une présomption qui renvoie à la définition des termes "procédure étrangère" et "représentant étranger" à l'article 2. Si la décision d'ouverture de la procédure étrangère et de désignation du représentant étranger indique que la procédure étrangère est une procédure au sens de l'alinéa a) de l'article 2 et que le représentant étranger est une personne ou un organe au sens de l'alinéa d) de l'article 2, le tribunal peut présumer qu'il en est ainsi. Divers tribunaux étrangers se sont appuyés sur cette présomption lorsque le tribunal qui a ouvert la procédure a inclus ces informations dans ses ordonnances[1].

122B. Le tribunal qui a ouvert la procédure étrangère devrait être invité à inclure ces informations dans ses ordonnances afin de faciliter la reconnaissance dans les affaires pertinentes (ce point est examiné plus avant aux paragraphes 124B et 124C ci-après). Ces informations comprendraient [l'essence] [la teneur] des éléments de preuve présentés au tribunal d'origine.

*Paragraphe 2 [par. 123]*

123. [...]

*Paragraphe 3 [par. 123A à 123K]*

123A. La présomption prévue au paragraphe 3 de l'article 16 correspond à celle du Règlement CE, mais poursuit un objectif différent. Dans la Loi type, la présomption vise à faciliter la reconnaissance des procédures d'insolvabilité étrangères et à fournir une assistance pour les besoins de ces procédures. Dans le Règlement CE, la présomption est liée au lieu approprié de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, qui détermine ainsi la loi applicable, et à la reconnaissance automatique de ces procédures dans les autres États membres de l'Union européenne. Le Règlement prévoit que la décision relative au centre des intérêts principaux est prise par le tribunal saisi d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité au moment où il examine cette demande. En vertu de la Loi type, une demande de reconnaissance d'une procédure étrangère peut être présentée à tout moment après l'ouverture de la procédure; dans certains cas, une demande a été présentée plusieurs années après l'ouverture de la procédure. En conséquence, le tribunal qui examine une demande de reconnaissance en vertu de la Loi type doit déterminer après coup si la procédure étrangère dont la reconnaissance est demandée est menée dans un for où se trouve le centre des intérêts principaux du débiteur [ou où il se

[1] Pour des exemples, voir A/CN.9/WG.V/WP.95, par. 15 et 16.

trouvait lors de l'ouverture de la procédure] (la question du moment où le centre des intérêts principaux est déterminé est examinée aux paragraphes 128A à 128E ci-après). Bien que l'objet visé par le centre des intérêts principaux diffère dans les deux instruments, la jurisprudence concernant l'interprétation de cette notion dans le Règlement CE peut également s'appliquer dans la Loi type.

123B. La présomption du paragraphe 3 de l'article 16 fait l'objet d'un long débat, le plus souvent en ce qui concerne les sociétés débitrices plutôt que les débiteurs autonomes, l'accent étant mis sur les preuves requises pour réfuter la présomption. Dans la plupart des cas, le lieu où se trouve le centre des intérêts principaux du débiteur est le même que le lieu d'immatriculation et aucune question ne se pose en ce qui concerne la réfutation de cette présomption.

123C. Lorsqu'un représentant étranger demande la reconnaissance d'une procédure étrangère en tant que procédure principale et qu'il semble exister un décalage entre l'emplacement du siège statutaire du débiteur et son [siège des opérations] [centre opérationnel], le [représentant étranger] [partie alléguant que le centre des intérêts principaux ne correspond pas au lieu d'immatriculation] devra prouver où se trouve le centre des intérêts principaux. Le tribunal de l'État adoptant devra examiner de manière indépendante le lieu où se situe le centre des intérêts principaux.

*Note à l'intention du Groupe de travail*

Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si le tribunal est tenu de procéder à cette évaluation et de s'assurer du lieu où se trouve le centre des intérêts principaux, ou s'il ne doit le faire qu'en cas de litige.

Les paragraphes 123C et 124D (qui portent sur le paragraphe 1 de l'article 17) indiquent que le tribunal doit s'assurer de manière indépendante du lieu où se trouve le centre des intérêts principaux du débiteur. Le paragraphe 124D note également que les ordonnances ou décisions du tribunal d'origine ne sont pas contraignantes pour le tribunal requis.

Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si des décisions prises en vertu de lois telles que le Règlement CE, qui exige que le tribunal d'origine détermine si le centre des intérêts principaux du débiteur se trouve dans le pays avant l'ouverture de la procédure, se distingueraient de décisions prises dans des pays où la question de savoir si la procédure locale sera considérée comme principale ou non principale n'est pas pertinente pour l'ouverture de la procédure locale et où le tribunal n'est pas tenu d'examiner la question (bien qu'il se puisse, dans certains cas, que le tribunal, même s'il n'est pas tenu d'examiner cette question pour ouvrir une procédure, veuille quand même déterminer le centre des intérêts principaux). Le Groupe de travail voudra peut-être également se demander si, lorsqu'une partie n'a pas réussi à convaincre le tribunal d'origine que le centre des intérêts principaux du débiteur était situé dans un autre lieu que celui déterminé par ledit tribunal, la même question se posera alors pour la reconnaissance.

*Facteurs pertinents pour réfuter la présomption*

123D. Pour déterminer le lieu qui peut constituer le centre des intérêts principaux du débiteur lorsqu'une partie prétend qu'il diffère du lieu d'immatriculation, les

tribunaux se sont essentiellement fondés sur ce qui est désigné par différents termes tels que le lieu du siège du débiteur, son centre névralgique, l'emplacement de son administration centrale ou celui de son siège social, et sur les facteurs jugés pertinents pour déterminer ce lieu. Le centre des intérêts principaux a également été associé au lieu où se trouve l'établissement principal du débiteur; comme les grandes sociétés débitrices peuvent avoir plusieurs établissements principaux, mais en principe un seul lieu où se trouve leur siège social, ce dernier critère devrait offrir davantage de sécurité juridique quant à l'emplacement où se trouve réellement le centre des intérêts principaux du débiteur.

123E. D'après l'interprétation officielle qui est faite de la notion de "centre des intérêts principaux" dans le Règlement CE, lorsque le lieu où se trouvent les organes de direction et de contrôle du débiteur et où les décisions de gestion de ce débiteur sont effectivement prises est le même que celui où se trouve son siège statutaire, la présomption ne peut pas être renversée. Lorsque l'emplacement de l'administration centrale d'une société diffère de celui de son siège statutaire, le lieu de situation des actifs de la société et l'existence de contrats d'exploitation financière de ces actifs dans un État autre que celui dans lequel se trouve le siège statutaire ne peuvent pas être considérés comme des facteurs suffisants pour renverser la présomption, à moins qu'une évaluation complète de tous les facteurs pertinents puisse permettre à des tiers d'établir que le véritable centre de direction et de contrôle de la société et de gestion de ses intérêts se trouve dans cet autre État. Toutefois, la présomption peut être réfutée dans le cas d'une société "boîte aux lettres" qui n'exerce aucune activité sur le territoire de l'État où est situé son siège social.

123F. Les tribunaux ont estimé que divers facteurs peuvent être mis en avant pour réfuter la présomption. Ils n'appliquent pas de formule rigide ni ne considèrent de manière constante qu'un facteur donné est déterminant. Chaque facteur peut être plus ou moins pertinent ou important pour déterminer le lieu où se trouve réellement le centre des intérêts principaux du débiteur en fonction des circonstances particulières de chaque cas. L'analyse s'appuie sur des données factuelles et le tribunal tiendra compte, pour déterminer objectivement le lieu où le débiteur a le centre de ses intérêts principaux, de divers facteurs. L'analyse examinera le lieu de gestion et d'opération du débiteur ainsi que la question de savoir si des tiers ordinaires et raisonnables peuvent établir ou déterminer le lieu où le débiteur a ses différentes activités.

123G. Il a été dit qu'une caractéristique importante du centre des intérêts principaux est l'avis de l'observateur objectif. Il importe de déterminer le centre des intérêts principaux pour offrir une certaine sûreté et prévisibilité aux créanciers de la société au moment où ils concluent une transaction. Même s'il existe des différences d'approche pour ce qui est de déterminer le centre des intérêts principaux d'un débiteur, la jurisprudence semble pencher pour la vérification objective par les tiers qui ont traité avec le débiteur aux moments pertinents. La question tient davantage à l'accent mis par certains pays sur des facteurs précis tels que la notion de "centre névralgique" ou de "siège social" de l'entité visée par la demande de reconnaissance.

123H. Les tiers peuvent être influencés par des informations provenant du domaine public et par ce qu'ils ont pu apprendre de transactions menées avec le débiteur. Il peut s'agir, par exemple, de détails fournis dans des déclarations publiques du

débiteur, d'informations contenues dans des documents de marketing et de faits découlant de contrats et d'accords.

123I. [Outre les principaux facteurs mentionnés ci-dessus au paragraphe 123F, les facteurs que les tribunaux ont jugé être pertinents sont notamment les suivants: le lieu où se trouvent les principaux actifs et/ou les principaux créanciers du débiteur [le lieu où se trouve la majorité des créanciers qui seront concernés par l'affaire]; le lieu où se trouvent les livres et les documents du débiteur; le lieu où le financement a été organisé et autorisé, ou à partir duquel est administré le système de gestion de la trésorerie; le lieu où se trouve la principale banque du débiteur; le lieu où se trouvent les employés; le lieu où est définie la politique commerciale; le site du droit applicable ou du droit qui régit les principaux marchés de la société; le lieu depuis lequel sont gérés la politique de vente et d'achat, le personnel, la comptabilité et le système informatique; le lieu depuis lequel les marchés (pour l'offre) sont organisés; le lieu depuis lequel est piloté le redressement du débiteur; l'État dont la législation s'appliquera aux litiges; le lieu où le débiteur est soumis à une supervision ou à une réglementation; et le lieu où et dont la loi régit l'établissement et la vérification des comptes.]

*Abus de procédure*

123J. Une question soulevée lors de la détermination du centre des intérêts principaux est de savoir si le tribunal devrait pouvoir se fonder sur le caractère abusif de la demande pour refuser la reconnaissance. Rien, dans la Loi type de la CNUDCI, ne donne à penser qu'il y a lieu de tenir compte de circonstances étrangères telles que l'abus de procédure pour statuer sur une demande de reconnaissance. Selon la Loi type, il convient de statuer sur la demande en se référant aux critères spécifiques énoncés dans les définitions des expressions "procédure étrangère", "procédure étrangère principale" et "procédure étrangère non principale". Étant donné que les faits qui constituent un abus de procédure sont régis par le droit interne ou par des règles de procédure, la Loi type n'interdit pas aux tribunaux requis d'appliquer le droit interne, en particulier les règles de procédure, en présence de tels abus.

123K. Une autre façon de régler le problème lié à l'abus de procédure peut être de déterminer si la reconnaissance peut être refusée pour des motifs d'ordre public[2]. On pourrait soutenir qu'une demande de reconnaissance en tant que procédure principale est un abus de procédure si les auteurs de la demande, sachant pourtant que le centre des intérêts principaux du débiteur se trouvait ailleurs, décident délibérément de soutenir le contraire ou de taire ce type d'information lorsqu'ils demandent la reconnaissance. Une approche fondée sur l'exception de type "ordre public" a l'avantage de dissocier les questions liées à la reconnaissance de celles liées à un éventuel abus de procédure d'une manière qui reflète la lettre et l'esprit de la Loi type de la CNUDCI.

---

[2] Pour les exceptions d'ordre public, voir par. [...].

*Article 17. Décision de reconnaître une procédure étrangère [par. 124 à 124C, 126 à 128E, 125 et 129 à 132]*

*Paragraphe 1 [par. 124 à 124C]*

124. L'article 17 a pour objet d'établir que si la reconnaissance n'est pas contraire à l'ordre public de l'État adoptant (voir art. 6) et si la demande est conforme aux conditions énoncées dans l'article, la reconnaissance sera accordée d'office.

124A. Pour déterminer si une procédure étrangère doit être reconnue, le tribunal requis se limite à examiner les conditions de compétence posées dans la définition. Pour cela, il faut déterminer que la procédure est une procédure étrangère au sens de l'alinéa a) de l'article 2. La Loi type ne prévoit pas que le tribunal requis s'interroge sur le point de savoir si la procédure étrangère a été ouverte régulièrement, conformément au droit applicable; si la procédure satisfait aux dispositions de l'article 15 et si l'article 6 ne s'applique pas, elle devrait être reconnue en vertu de l'article 17.

124B. Pour prendre sa décision de reconnaissance, le tribunal requis peut tenir compte de toute décision ou ordonnance émise par le tribunal d'origine et de [l'essence] [la teneur] de tout élément de preuve qui aurait été soumis au tribunal d'origine, notamment en ce qui concerne la nature de la procédure étrangère et la question de savoir si elle devrait être considérée comme principale ou non principale. Ces ordonnances et décisions ne sont pas contraignantes pour le tribunal requis dans l'État adoptant, qui est tenu de s'assurer de manière indépendante que la procédure étrangère répond aux exigences de l'article 2. Néanmoins, le tribunal peut se fonder, conformément aux présomptions des paragraphes 1 et 2 de l'article 16 (voir par. ...), sur les informations contenues dans les certificats et documents fournis à l'appui d'une demande de reconnaissance. Dans des circonstances appropriées, ces informations devraient aider le tribunal requis à délibérer.

124C. En conséquence, on pourrait inviter les tribunaux d'origine à tenir compte, dans leurs ordonnances, de [l'essence] [la teneur] de tout élément de preuve présenté à eux qui aiderait le tribunal requis à déterminer si la procédure est une procédure étrangère au sens de l'article 2. Cela serait particulièrement utile lorsque le tribunal d'origine a connaissance de la dimension internationale du débiteur ou de son entreprise, ainsi que du fait qu'il est probable qu'une demande de reconnaissance sera présentée en vertu de la Loi type. Il en va de même pour la nomination et la reconnaissance du représentant étranger.

*Paragraphe 2 [par. 126 à 128]*

126. Le paragraphe 2 de l'article 17 établit une distinction fondamentale entre les procédures étrangères classées "principales" et celles qui ne le sont pas, en fonction de leur base juridictionnelle (voir par. ... ci-dessus). Les mesures découlant de la reconnaissance peuvent dépendre de la catégorie dans laquelle entre la procédure étrangère. Par exemple, la reconnaissance d'une procédure "principale" entraîne une interdiction ou une suspension automatique des actions individuelles des créanciers ou des mesures d'exécution sur les biens du débiteur (par. 1 a) et b) de l'article 20) et, à certaines exceptions près indiquées au paragraphe 2 de l'article 20, un "gel" automatique de ces biens (par. 1 c) de l'article 20).

127 et 128. [...]

*Date à retenir pour déterminer le centre des intérêts principaux [par. 128A à 128E]*

128A. La Loi type ne donne pas d'indication expresse concernant la date à retenir pour déterminer le centre des intérêts principaux, si ce n'est le paragraphe 2 a) de l'article 17, qui dispose que la procédure étrangère est reconnue en tant que procédure étrangère principale si "elle *a lieu* dans l'État où le débiteur a le centre de ses intérêts principaux" [*italiques ajoutés*].

128B. En raison de l'emploi du présent à l'article 17, il faut que la procédure étrangère soit en cours ou en instance au moment de la décision de reconnaissance; si la procédure visée par la demande de reconnaissance n'est plus en cours ou en instance dans l'État d'origine au moment donné (la procédure n'ayant plus "lieu" parce qu'elle a été close), elle ne peut pas être reconnue en vertu de la Loi type.

*Note à l'intention du Groupe de travail*

Le paragraphe 128B mentionne la clôture de la procédure d'insolvabilité. Cette question est examinée dans le Guide législatif (deuxième partie, chap. VI, par. 16 à 19), où il est indiqué que différentes approches sont adoptées. Compte tenu de cela et pour éviter toute confusion que pourrait susciter ce paragraphe, notamment en ce qui concerne la loi applicable, le Groupe de travail voudra peut-être se demander si le paragraphe 128C est suffisant.

128C. Compte tenu des éléments qui doivent accompagner une demande de reconnaissance en vertu de l'article 15 et de l'importance accordée à la décision d'ouverture de la procédure étrangère et à la désignation du représentant étranger, la date d'ouverture de cette procédure est une date appropriée pour déterminer le lieu où se trouve le centre des intérêts principaux du débiteur. Une autre possibilité, légèrement différente mais connexe, est de tenir compte de la date à laquelle la demande d'ouverture de la procédure étrangère a été présentée, date qui, en vertu de certaines lois relatives à l'insolvabilité, peut effectivement être la même que celle d'ouverture de la procédure. Lorsque le débiteur a cessé ses activités après l'ouverture de la procédure étrangère, les seuls éléments qui, au moment de la demande de reconnaissance, pourraient indiquer le lieu où se trouve le centre des intérêts principaux du débiteur sont cette procédure étrangère et l'activité menée par le représentant étranger pour administrer la masse de l'insolvabilité. Dans ce cas, il serait facile de déterminer le centre des intérêts principaux du débiteur en se fondant sur la date d'ouverture de cette procédure. La même démarche peut être adoptée en cas de redressement, dans les pays où ce n'est pas le débiteur qui continue d'avoir un centre des intérêts principaux, mais l'entité chargée du redressement. Dans ce cas, la condition selon laquelle une procédure étrangère doit avoir lieu, énoncée au paragraphe 2 a) de l'article 17, est clairement remplie et la procédure étrangère devrait pouvoir être reconnue. En prenant, en outre, la date d'ouverture de la procédure pour déterminer le lieu où se trouve le centre des intérêts principaux, on obtient un élément que l'on peut utiliser de manière sûre dans toutes les procédures d'insolvabilité.

128D. L'emploi du présent dans la Loi type peut donner à penser que la date pertinente pour déterminer le centre des intérêts principaux devrait être la date à laquelle la demande de reconnaissance de la procédure a été présentée. Toutefois, cette date pose un problème, en particulier lorsque la procédure étrangère est une

procédure de liquidation. Dans une telle procédure, il est peu probable que le débiteur continue d'avoir un centre des intérêts principaux qui soit actif après la date d'ouverture de la procédure d'insolvabilité étant donné que l'entreprise cessera généralement son activité à ce moment, sauf si elle doit être vendue en tant qu'entreprise en exploitation ou si elle s'acquitte de contrats existants afin de maximiser la valeur pour les créanciers. Si l'on examinait le centre des intérêts principaux du débiteur à la date de la demande de reconnaissance, on parviendrait à la conclusion qu'il n'en existe aucun, sauf le lieu d'activité du liquidateur. En se fondant, en outre, sur la date de la demande de reconnaissance, on ne tient pas compte de l'accent placé, dans l'article 15, sur la décision d'ouverture de la procédure étrangère.

128E. Dans le Règlement CE, la date utilisée pour déterminer le centre des intérêts principaux est la date d'ouverture de la procédure d'insolvabilité dans un État membre; les autres États membres sont tenus de reconnaître automatiquement la procédure à compter de cette date.

*Paragraphe 3 [par. 125]*

125. Il est souvent essentiel, pour le représentant étranger, d'obtenir rapidement la reconnaissance (et d'être ainsi en mesure d'invoquer en particulier les articles 20, 21, 23 et 24) pour éviter, par un moyen efficace, que les biens du débiteur ne soient dispersés ou dissimulés; c'est pour cette raison que le paragraphe 3 fait obligation au tribunal de rendre sa décision sur la demande "le plus tôt possible". L'expression "le plus tôt possible" est relativement souple. Certaines affaires peuvent être si simples que la procédure de reconnaissance prendra quelques jours seulement. Dans d'autres cas, surtout si la reconnaissance est contestée, "le plus tôt possible" peut supposer plusieurs mois. Des mesures provisoires peuvent être prononcées, au besoin, pendant que la demande de reconnaissance est à l'étude.

*Paragraphe 4 [par. 129 à 131]*

129. Une décision de reconnaissance d'une procédure étrangère pourra normalement être soumise à réexamen ou à annulation, comme toute autre décision d'un tribunal. Le paragraphe 4 précise que la décision de reconnaissance peut être réexaminée s'il apparaît que les motifs de la reconnaissance étaient totalement ou partiellement absents ou qu'ils avaient cessé d'exister.

130. La modification ou l'annulation de la décision de reconnaissance peut provenir d'un changement des circonstances après ladite décision, par exemple si la procédure étrangère reconnue a cessé ou si elle a changé de nature (par exemple, une procédure de redressement peut être convertie en procédure de liquidation). En outre, des faits nouveaux exigeant ou justifiant un changement de la décision du tribunal peuvent intervenir, par exemple si le représentant étranger n'a pas respecté les conditions auxquelles le tribunal a accordé des mesures. La possibilité, pour le tribunal, de réexaminer la décision de reconnaissance est appuyée par l'obligation prévue à l'article 18, en vertu de laquelle le représentant étranger est tenu d'informer le tribunal de tout fait nouveau.

131. [...]

*Notification de la décision de reconnaître les procédures étrangères [par. 132]*

*Article 18. Informations ultérieures [par. 133 et 134]*

*Alinéa a)*

133. L'article 18 fait obligation au représentant étranger d'informer rapidement le tribunal, à compter de la présentation de la demande de reconnaissance de la procédure étrangère, de "toute modification substantielle du statut de la procédure étrangère reconnue ou du statut de la nomination du représentant étranger". Cette obligation a pour objectif de permettre au tribunal de modifier les conséquences de la reconnaissance, ou d'y mettre fin. Comme indiqué ci-dessus, il peut arriver qu'après la demande de reconnaissance ou après la reconnaissance, il intervienne, dans la procédure étrangère, des changements qui auraient influé sur la décision de reconnaissance ou sur les mesures accordées sur la base de ladite reconnaissance. L'alinéa a) tient compte du fait que les modifications techniques apportées au statut de la procédure ou aux conditions de nomination sont fréquentes, mais que seules certaines de ces modifications sont telles qu'elles influeraient sur la décision d'accorder des mesures ou la décision de reconnaître la procédure; il n'est donc demandé des informations que sur des modifications "substantielles". Il est probable que le tribunal tienne tout particulièrement à demeurer informé lorsque sa décision de reconnaissance concerne une "procédure étrangère provisoire" ou lorsqu'un représentant étranger a été "nommé à titre provisoire" (voir al. a) et d) de l'article 2).

*Alinéa b)*

134. Aux termes du paragraphe 3 de l'article 15, une demande de reconnaissance doit être accompagnée d'une déclaration identifiant toutes les procédures étrangères afférentes au débiteur qui sont connues du représentant étranger. L'alinéa b) de l'article 18 étend cette obligation au-delà de la date de présentation de la demande de reconnaissance. Cette information permettra au tribunal de déterminer si les mesures déjà accordées doivent être coordonnées avec la procédure d'insolvabilité qui a été ouverte après la décision de reconnaissance (voir art. 30) et facilitera la coopération en vertu du chapitre IV.

*Article 19. Mesures disponibles dès la demande de reconnaissance d'une procédure étrangère [par. 135 à 140]*

*Article 20. Effets de la reconnaissance d'une procédure étrangère principale [par. 141 à 153]*

141. Si les mesures prévues aux articles 19 et 21 sont discrétionnaires, les effets énoncés à l'article 20, par contre, ne le sont pas. En d'autres termes, ils découlent automatiquement de la reconnaissance de la procédure étrangère principale. Il existe une autre différence entre les mesures discrétionnaires prévues aux articles 19 et 21 et les effets énoncés à l'article 20, à savoir que les premières peuvent être accordées pour des procédures aussi bien principales que non principales, alors que les seconds découlent uniquement des procédures principales. D'autres effets de la reconnaissance sont énoncés aux articles 14, 23 et 24.

142. [...]

143. Les conséquences automatiques envisagées à l'article 20 sont nécessaires afin que des mesures soient prises pour organiser une procédure d'insolvabilité internationale coordonnée et équitable. Pour ce faire, il est justifié d'imposer au débiteur insolvable les conséquences de l'article 20 dans l'État adoptant (c'est-à-dire le pays où il a une présence commerciale limitée) même si l'État où se trouve le centre de ses intérêts principaux impose des conditions différentes (peut-être moins strictes) pour l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ou même si les effets automatiques de la procédure d'insolvabilité dans le pays d'origine diffèrent de ceux de l'article 20 dans l'État adoptant. Cette approche reflète un principe fondamental qui sous-tend la Loi type, à savoir que la reconnaissance d'une procédure étrangère par le tribunal de l'État adoptant produit des effets jugés nécessaires pour une conduite coordonnée et équitable d'une insolvabilité internationale. La reconnaissance a donc pour avantage de produire ses propres effets plutôt que d'importer les conséquences de la loi étrangère dans le système d'insolvabilité de l'État adoptant. Si, dans une affaire donnée, la reconnaissance doit aboutir à des résultats contraires aux intérêts légitimes d'une partie intéressée, y compris le débiteur, la loi de l'État adoptant doit prévoir des mesures de protection adaptées, comme il est indiqué au paragraphe 2 de l'article 20 (voir également par. 149 ci-après).

144 à 153. [...]

*Article 21. Mesures disponibles dès la reconnaissance d'une procédure étrangère [par. 154 à 160]*

154. Outre l'interdiction et la suspension impératives prévues à l'article 20, la Loi type autorise le tribunal, après qu'il a reconnu une procédure étrangère, à octroyer des mesures dans l'intérêt de cette procédure. Les mesures prévues à l'article 21 sont discrétionnaires, comme celles visées à l'article 19. Les mesures énumérées au paragraphe 1 sont les plus courantes ou les plus fréquentes dans les procédures d'insolvabilité; toutefois, cette liste n'est pas exhaustive afin de ne pas restreindre inutilement le pouvoir qu'a le tribunal d'accorder toutes les mesures applicables en vertu de la loi de l'État adoptant et nécessaires en l'espèce.

155 à 160. [...]

*Article 22. Protection des créanciers et des autres personnes intéressées [par. 161 à 164]*

*Article 23. Actions visant à annuler les actes préjudiciables aux créanciers [par. 165 à 167]*

165. En vertu de nombreuses lois nationales, tant les créanciers individuels que les représentants de l'insolvabilité ont le droit d'engager des actions pour annuler ou rendre sans effet de toute autre manière des actes préjudiciables aux créanciers. Il est fréquent que ce droit, pour autant qu'il s'applique à des créanciers individuels, soit régi non par la législation relative à l'insolvabilité, mais par les dispositions générales du droit (telles que le Code civil); il n'est pas nécessairement lié à l'existence d'une procédure d'insolvabilité à l'encontre du débiteur, de sorte que l'action peut être engagée avant l'ouverture d'une telle procédure. En général, ce droit est accordé uniquement au créancier lésé et non à une autre personne telle que le représentant de l'insolvabilité. En outre, les conditions requises pour ces actions

de créanciers individuels diffèrent de celles qui s'appliquent aux actions similaires qui peuvent être engagées par un représentant de l'insolvabilité. La capacité d'agir conférée par l'article 23 s'étend uniquement aux actions que peut intenter le représentant local de l'insolvabilité dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité, et l'article ne met pas le représentant étranger sur un pied d'égalité avec les créanciers individuels qui peuvent avoir des droits analogues en vertu de conditions différentes. De telles actions émanant de créanciers individuels sortent du champ d'application de l'article 23.

166. La Loi type indique expressément que suite à la reconnaissance de la procédure étrangère en vertu de l'article 17, un représentant étranger a la "capacité" [(notion désignée dans certains systèmes par les expressions "légitimité procédurale active", "légitimité active" ou "légitimité")] d'engager des actions visant à annuler ou à rendre sans effet de toute autre manière des actes juridiques préjudiciables aux créanciers. Cette disposition a une portée restreinte dans la mesure où elle ne crée aucun droit substantiel concernant l'introduction de telles actions et n'offre aucune solution pour ce qui est des conflits de lois. Elle a pour effet de ne pas empêcher un représentant étranger d'introduire de telles actions pour la seule raison qu'il n'est pas le représentant de l'insolvabilité nommé dans l'État adoptant. La Loi type ne régit pas le droit que peut avoir un représentant étranger d'engager une action dans l'État adoptant conformément au droit interne de l'État où a lieu la procédure étrangère.

166A. Lorsque la procédure étrangère a été reconnue comme "procédure non principale", le tribunal doit examiner tout particulièrement la question de savoir si l'action qui doit être engagée en vertu de l'article 23 se rapporte à des biens qui "devraient être administrés dans la procédure étrangère non principale" (par. 2 de l'article 23). Là encore, les dispositions établissent une distinction entre la nature d'une procédure "principale" et celle d'une procédure "non principale", soulignant que les mesures qui peuvent être accordées dans le cas d'une procédure "non principale" seront probablement plus restrictives que celles qui peuvent l'être dans le cadre d'une procédure "principale".

167. Le fait de donner au représentant étranger la capacité d'engager de telles actions n'est pas sans poser des problèmes. En particulier, de telles actions peuvent ne pas être considérées favorablement en raison du risque d'incertitude qu'elles font peser sur les transactions conclues ou exécutées. Toutefois, du fait que le droit de les intenter est essentiel pour protéger l'intégrité des biens du débiteur et que c'est souvent le seul moyen réaliste d'assurer une telle protection, il a été jugé important de faire en sorte que ce droit ne soit pas dénié à un représentant étranger au seul motif que celui-ci n'a pas été nommé localement.

*Article 24. Intervention du représentant étranger dans les procédures ouvertes dans le présent État [par. 168 à 172]*

CHAPITRE IV. COOPÉRATION AVEC LES TRIBUNAUX ÉTRANGERS ET LES REPRÉSENTANTS ÉTRANGERS *[par. 38, 39 et 173 à 178]*

38 et 39. [...]

173. Le chapitre IV (art. 25 à 27) relatif à la coopération internationale est un élément clef de la Loi type. Il a pour objectif de permettre aux tribunaux et aux administrateurs d'insolvabilité de deux pays ou plus d'être efficaces et d'obtenir des résultats optimaux. La coopération, telle qu'elle est décrite dans ce chapitre, est souvent le seul moyen réaliste, par exemple, de prévenir la dissipation des biens, d'en maximiser la valeur (par exemple, lorsque des éléments de l'outil de production situés dans deux États ont une plus grande valeur s'ils sont vendus ensemble que s'ils sont vendus séparément) ou de trouver les meilleures solutions pour le redressement de l'entreprise.

173A. La coopération est indépendante de la reconnaissance et peut donc avoir lieu à un stade précoce et avant une demande de reconnaissance. Étant donné que les articles du chapitre IV s'appliquent aux questions visées à l'article premier, une coopération peut être proposée non seulement pour les demandes d'assistance qui émanent de l'État adoptant, mais aussi pour celles que l'État adoptant émet pour obtenir une assistance à l'étranger (voir également l'article 5). La coopération ne se limite pas aux procédures étrangères au sens de l'alinéa a) de l'article 2 qui pourraient être reconnues en vertu de l'article 17 (en tant que procédure soit principale, soit non principale) et peut donc être proposée dans le cadre de procédures ouvertes en raison de la présence de biens. Une telle disposition peut être utile lorsque la procédure est ouverte dans l'État adoptant et qu'une assistance est demandée à l'étranger. Elle peut également convenir lorsque l'État adoptant a des lois autres que la Loi type qui facilitent la coordination et la coopération avec les procédures étrangères (voir art. 7).

174. Les articles 25 et 26 non seulement autorisent une coopération internationale, mais l'imposent en disposant que le tribunal et le représentant de l'insolvabilité "coopèrent dans toute la mesure possible". Ces articles visent à pallier le manque fréquent, dans les législations nationales, de règles donnant un fondement juridique à la coopération entre les tribunaux locaux et les tribunaux étrangers pour traiter des insolvabilités internationales. L'établissement d'un tel fondement juridique serait particulièrement utile dans les systèmes où la latitude donnée aux juges pour sortir du cadre des autorisations statutaires expresses est limitée. Toutefois, même dans les pays où les juges ont traditionnellement un plus grand pouvoir discrétionnaire, il s'est révélé utile d'établir un tel cadre législatif pour la coopération.

175. Dans la mesure où la coopération judiciaire internationale se fonde, dans l'État adoptant, sur le principe de la courtoisie entre nations, l'application des articles 25 à 27 offre une possibilité de concrétiser ce principe et de l'adapter aux caractéristiques particulières des insolvabilités internationales.

176. [...]

177. Les articles du chapitre IV laissent aux tribunaux et, sous la supervision de ces derniers, aux représentants de l'insolvabilité le soin de décider notamment du moment et de la forme de la coopération. La Loi type ne subordonne pas la coopération d'un tribunal (ou d'une personne ou encore de l'organe mentionné aux articles 25 et 26) avec un tribunal ou un représentant étranger à une décision formelle de reconnaissance de cette procédure étrangère.

178. [...]

*Article 25. Coopération et communication directe entre le tribunal du présent État et les tribunaux étrangers ou les représentants étrangers [par. 179]*

*Article 26. Coopération et communication directe entre le* [insérer le titre de la personne ou de l'organe chargé d'administrer le redressement ou la liquidation conformément à la loi de l'État adoptant] *et les tribunaux étrangers ou les représentants étrangers [par. 180]*

*Article 27. Formes de la coopération [par. 181 à 183A]*

181. Il est proposé que l'État adoptant se fonde sur l'article 27 pour donner aux tribunaux une liste indicative des types de coopération autorisés par les articles 25 et 26. Une telle liste peut être particulièrement utile dans les États qui n'ont pas une longue tradition de coopération judiciaire internationale et dans ceux où la compétence discrétionnaire est traditionnellement restreinte et où une liste laisserait au législateur la possibilité d'ajouter d'autres formes de coopération. Toute énumération des formes de coopération possibles devrait être indicative, sans prétendre à l'exhaustivité, afin de ne pas exclure par inadvertance certaines formes de coopération appropriées et de ne pas empêcher les tribunaux d'adapter leurs mesures aux circonstances de l'espèce.

182 et 183. [...]

183A. Le Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale développe les formes de coopération énoncées à l'article 27 et rassemble, en particulier, des données pratiques et concrètes sur l'utilisation des accords d'insolvabilité internationale.

## CHAPITRE V. PROCÉDURES CONCURRENTES

*Article 28. Ouverture d'une procédure en vertu de* [indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité] *après la reconnaissance d'une procédure étrangère principale [par. 184 à 187A]*

184. La Loi type n'impose pratiquement aucune restriction à la compétence des tribunaux de l'État adoptant en ce qui concerne l'ouverture ou la poursuite d'une procédure d'insolvabilité. L'article 28 prévoit, conjointement avec l'article 29, que la reconnaissance d'une procédure étrangère principale n'empêche pas l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité locale à l'encontre du même débiteur à condition que ce débiteur ait des biens dans l'État.

185. [...]

186. Toutefois, l'État adoptant peut souhaiter retenir la solution la plus restrictive, à savoir permettre l'ouverture d'une procédure locale uniquement si le débiteur a un "établissement" dans l'État. L'application d'une telle limitation ne serait pas contraire aux principes qui sous-tendent la Loi type. Un tel choix peut se justifier par le fait que si les biens situés dans l'État adoptant ne font pas partie d'un établissement, l'ouverture d'une procédure locale ne sera en général pas le moyen le plus efficace de protéger les créanciers, y compris les créanciers locaux. En adaptant les mesures accordées en faveur de la procédure étrangère principale et en coopérant avec le tribunal et le représentant étranger, le tribunal de l'État adoptant aura une possibilité suffisante de garantir que les biens qui sont situés dans ledit État seront

administrés de manière que les intérêts locaux soient convenablement protégés. En conséquence, l'État adoptant se conformera à la philosophie de la Loi type s'il adopte l'article en remplaçant les mots "que si le débiteur a des biens dans le présent État" dans le libellé actuel de l'article 28 par les mots "que si le débiteur a un établissement dans le présent État".

187. Ces restrictions sont utiles pour éviter de créer une possibilité illimitée d'étendre les effets d'une procédure locale aux biens situés à l'étranger, possibilité qui serait source d'incertitude quant à l'application de la disposition et pourrait conduire à des conflits de compétence.

187A. Lorsqu'en vertu de la loi de l'État adoptant, le débiteur doit être insolvable pour ouvrir une procédure d'insolvabilité, la Loi type estime qu'une procédure étrangère principale reconnue est réputée constituer la preuve nécessaire que le débiteur est insolvable (art. 31).

*Article 29. Coordination d'une procédure ouverte en vertu* [indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité] *et d'une procédure étrangère [par. 188 à 191]*

188. L'article 29 donne des orientations au tribunal qui connaît d'affaires où le débiteur fait l'objet à la fois d'une procédure étrangère et d'une procédure locale. L'objet de cet article et de l'article 30 est d'encourager l'adoption de décisions coordonnées qui permettent d'atteindre au mieux les objectifs des deux procédures (par exemple, en maximisant la valeur des biens du débiteur ou en restructurant l'entreprise de la façon la plus avantageuse). En vertu des premiers mots de la disposition, le tribunal doit s'assurer dans tous les cas la coopération et la coordination visées au chapitre IV de la Loi type (art. 25, 26 et 27).

189 à 191. [...]

*Article 30. Coordination de plusieurs procédures étrangères [par. 192 et 193]*

*Article 31. Présomption de l'insolvabilité du débiteur fondée sur la reconnaissance d'une procédure étrangère principale [par. 194 à 197]*

194 à 196. [...]

197. Cette règle peut toutefois être utile dans les systèmes juridiques dans lesquels l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité exige qu'il soit prouvé que le débiteur est effectivement insolvable. L'article 31 revêtira une importance particulière lorsque l'établissement de la preuve de l'insolvabilité comme condition préalable à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité demande beaucoup de temps et procure peu d'avantages supplémentaires compte tenu du fait que le débiteur fait déjà l'objet d'une procédure d'insolvabilité dans l'État où il a le centre de ses intérêts principaux et où il peut être urgent d'ouvrir une procédure locale pour protéger les créanciers locaux. Néanmoins, le tribunal de l'État adoptant n'est pas lié par la décision du tribunal étranger, et les critères locaux concernant l'établissement de la preuve de l'insolvabilité demeurent applicables, comme le précisent les mots "sauf preuve contraire".

*Article 32. Règle de paiement en cas de pluralité de procédures [par. 198 à 200]*

# VI. Assistance du secrétariat de la CNUDCI *[par. 201 et 202]*

*B. Information sur l'interprétation de la législation fondée sur la Loi type*

202. La Loi type est incluse dans le système de collecte et de diffusion d'informations sur la jurisprudence relative aux conventions et lois types issues des travaux de la CNUDCI. Ce système a pour objectif de faire connaître dans le monde entier les textes juridiques formulés par la Commission et de faciliter une interprétation et une application uniformes de ces textes. Le Secrétariat publie, dans les six langues officielles de l'Organisation des Nations Unies, des recueils de décisions et diffuse, sur demande, les décisions originales dans leur intégralité. Ce système est expliqué dans un guide de l'utilisateur qui est accessible sur la page d'accueil de la CNUDCI à l'adresse Internet susmentionnée.

## G. Note du Secrétariat sur les obligations des administrateurs de sociétés lorsque la société est sur le point d'être insolvable, soumise au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa quarante et unième session (A/CN.9/WG.V/WP.104)

**[Original: anglais]**

**TABLE DES MATIÈRES**


*Paragraphes*

Introduction . . . . . 1-5

I. Obligations des administrateurs de sociétés lorsque la société est sur le point d'être insolvable . . . . . 6-51

A. Introduction . . . . . 6-19

B. Identification des parties redevables des obligations . . . . . 20-23

C. Naissance des obligations: période précédant l'insolvabilité . . . . . 24-27

D. Nature des obligations . . . . . 28-33

E. Le critère applicable . . . . . 34-37

F. Exécution des obligations des administrateurs lors de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité . . . . . 38-51

1. Moyens de défense . . . . . 38-40

2. Voies de droit . . . . . 41-47

3. Droit d'agir . . . . . 48-50

4. Financement de la procédure . . . . . 51


# Introduction

1. À sa quarante-troisième session, en 2010, la Commission était saisie d'une série de propositions de travaux futurs sur le droit de l'insolvabilité (A/CN.9/WG.V/WP.93 et Add.1 à 6 et A/CN.9/582/Add.6). Ces propositions avaient été examinées par le Groupe de travail V à sa trente-huitième session (voir A/CN.9/691, par. 99 à 107) et une recommandation concernant les sujets possibles avait été présentée à la Commission (A/CN.9/691, par. 104). Un document supplémentaire (A/CN.9/709) complétant la proposition faite par la Suisse dans le document A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.5 avait été présenté après cette session.

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

harmonisation des approches nationales sur ces thèmes permettrait de gagner en sécurité et prévisibilité.

3. La présente note porte sur le second sujet, proposé par le Royaume-Uni (A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.4), INSOL International (A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.3) et l'International Insolvency Institute (A/CN.9/582/Add.6), qui concerne les obligations et les responsabilités des administrateurs et dirigeants d'entreprises dans les procédures d'insolvabilité et mécanismes avant insolvabilité[1]. Face aux inquiétudes exprimées au cours de discussions approfondies, la Commission est convenue que les travaux sur ce thème devraient se concentrer uniquement sur les obligations et les responsabilités qui naissaient dans le contexte de l'insolvabilité et qu'il n'était pas prévu de couvrir des questions de responsabilité pénale ni des domaines essentiels du droit des sociétés.

4. Les débats à ce sujet ont débuté à la trente-neuvième session du Groupe de travail (en décembre 2010 à Vienne) et se sont poursuivis à sa quarantième session (octobre-novembre 2011 à Vienne). Les délibérations et conclusions du Groupe de travail sont présentées dans les rapports de ces sessions (A/CN.9/715 et A/CN.9/738 respectivement).

5. Conformément à la décision prise par le Groupe de travail à sa quarantième session (A/CN.9/738, par. 38), la présente note adopte la forme d'un guide législatif sur le droit de l'insolvabilité renfermant à la fois un projet de commentaire sur des questions pertinentes et un projet de recommandation. S'agissant du style et des renvois au commentaire et aux recommandations du Guide, elle a été établie de manière à pouvoir faire partie intégrante du Guide législatif (partie IV) pour le cas où le Groupe de travail déciderait qu'il s'agit là de la forme la plus appropriée pour ce type de travail. Le texte ci-dessous met à profit les documents A/CN.9/WG.V/WP.96 et 100 ainsi que les décisions adoptées par le Groupe de travail à ses trente-neuvième et quarantième sessions.

# I. Obligations des administrateurs de sociétés lorsque la société est sur le point d'être insolvable

## A. Introduction

6. Les cadres de gouvernance des entreprises réglementent un ensemble de relations entre les dirigeants d'une entreprise, son conseil d'administration, ses actionnaires et d'autres parties prenantes et définissent non seulement la structure à travers laquelle les objectifs de l'entreprise sont fixés et réalisés mais aussi les normes au regard desquelles les résultats peuvent être contrôlés. Une bonne gouvernance d'entreprise devrait inciter le conseil d'administration et les dirigeants à poursuivre des objectifs favorables aux intérêts de l'entreprise et de ses actionnaires tout en favorisant la confiance nécessaire pour promouvoir les investissements dans l'entreprise et le développement des affaires. Beaucoup a été fait à l'échelle internationale pour élaborer des principes de gouvernance des

---

[1] Le premier sujet, concernant le centre des intérêts principaux et certaines questions connexes, fait l'objet des documents A/CN.9/WG.V/WP.103 et Add.1.

entreprises qui sont aujourd'hui largement adoptés et qui déterminent notamment les obligations des administrateurs quand l'entreprise est solvable[2].

7. Lorsque la procédure d'insolvabilité est ouverte, de nombreuses lois sur l'insolvabilité reconnaissent que les obligations des administrateurs sont différentes, aussi bien par leur nature que par leur objet, de celles qui s'appliquent avant l'ouverture de cette procédure, le principal objectif étant de donner la priorité à l'optimisation de la valeur de la masse et à sa préservation en vue de la distribuer aux créanciers. Fréquemment, les administrateurs cesseront de diriger les affaires de la société, étant remplacés en cela par un représentant de l'insolvabilité, bien qu'ils puissent conserver un certain rôle dans certains pays, particulièrement dans le contexte d'une opération de redressement. Les obligations des administrateurs une fois ouverte la procédure d'insolvabilité sont traitées ci-dessus dans les recommandations 108 à 114 et dans le commentaire, deuxième partie, chapitre III, paragraphes 22 à 34. La recommandation 110 spécifie de manière assez détaillée les obligations auxquelles doit donner naissance, en vertu de la législation sur l'insolvabilité, l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité; ces obligations, qui continuent de s'appliquer pendant toute la durée de la procédure, sont notamment les suivantes: coopérer avec le représentant de l'insolvabilité et l'aider dans l'accomplissement de ses devoirs; fournir des renseignements exacts, fiables et complets sur la situation financière et les affaires de l'entreprise; et coopérer avec le représentant de l'insolvabilité ou lui apporter son aide pour qu'il prenne le contrôle effectif de la masse et qu'il puisse recouvrer les actifs et les documents commerciaux de l'entreprise. L'imposition de sanctions lorsque le débiteur ne s'acquitte pas de ces obligations est également évoquée (recommandation 114 et paragraphe 34 du commentaire). Dans certains systèmes, les administrateurs peuvent voir leur responsabilité pénale engagée s'ils ne s'acquittent pas de ces obligations, alors que dans d'autres ils peuvent être tenus pour personnellement responsables de tout préjudice causé du fait d'un manquement aux obligations en question.

8. Outre le fait qu'elles assurent un processus juridique prévisible pour faire face aux difficultés financières des entreprises débitrices ainsi que le cadre nécessaire à un redressement efficace ou à une liquidation rationnelle de ces entreprises, des lois efficaces en matière d'insolvabilité donnent la possibilité d'examiner les circonstances ayant abouti à l'insolvabilité et en particulier la conduite des administrateurs. Toutefois, l'on ne s'est guère attaché, à l'échelle internationale, à harmoniser les différentes approches qui sous-tendent les législations nationales. Une telle harmonisation pourrait faciliter l'examen de cette conduite mais, à défaut, d'importantes divergences subsistent. Néanmoins, le rôle et les responsabilités des administrateurs d'une société au cours de la période précédant l'introduction d'une action en insolvabilité ou l'ouverture de la procédure font de plus en plus souvent l'objet d'un débat, compte tenu en particulier des nombreuses défaillances qui ont suivi la crise financière mondiale.

9. Une société se trouvant dans l'incapacité effective ou imminente de s'acquitter de ses obligations à leur échéance a besoin d'une direction solide, étant entendu que sa situation appelle généralement des décisions délicates. Des administrateurs compétents doivent comprendre la situation financière de l'entreprise et posséder

---

[2] Voir par exemple les Principes de gouvernement d'entreprise de l'OCDE, 2004.

toutes les informations raisonnablement disponibles qui sont nécessaires pour leur permettre de prendre des mesures appropriées afin de remédier à leurs difficultés financières et d'éviter que la situation n'empire. Ils sont alors amenés à déterminer la démarche la mieux susceptible de servir l'intérêt de la société dans son ensemble après avoir tenu compte des intérêts des différentes parties prenantes eu égard aux circonstances de l'espèce. Les administrateurs qui craignent les répercussions financières possibles de telles décisions peuvent prématurément fermer leur entreprise au lieu d'essayer de la tirer de ses difficultés ou encore, ils peuvent adopter un comportement inopportun et notamment disposer de façon arbitraire des actifs ou des biens. Toutefois, les différents intérêts et motivation des parties prenantes ne sont pas faciles à concilier et ils peuvent constituer une source de conflit. Par exemple, lorsque les administrateurs sont également actionnaires de l'entreprise, ils peuvent être incités soit à optimiser leur propre situation en recherchant imprudemment à éviter une situation d'insolvabilité, soit à consentir à une vente potentielle dans l'espoir d'obtenir un meilleur rendement, en particulier lorsque le prix de vente ne couvre que les montants dus aux créanciers, ne laissant rien aux actionnaires. Il peut dans ce cas être nécessaire d'adopter des stratégies à haut risque afin de préserver ou d'accroître la valeur de l'entreprise pour les actionnaires, alors même que cela peut mettre en péril les intérêts des créanciers. Une telle démarche peut aussi témoigner du peu d'importance accordé aux chances de succès en raison de la protection octroyée par le régime de responsabilité limitée ou par l'assurance-responsabilité de l'administrateur si les mesures adoptées ne donnent pas satisfaction.

10. Malgré les difficultés potentielles liées à la prise de décision appropriées, lorsqu'une entreprise se heurte à des difficultés financières, il est essentiel que des mesures soient adoptées au plus tôt. 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 solution viable s'amenuise très vite. L'adoption de mesures précoces doit être facilitée par un accès facile aux procédures pertinentes. Il y a peu à gagner à précipiter une intervention des administrateurs si celle-ci n'est pas encadrée par des procédures pertinentes et efficaces[3]. En outre, les lois qui rendent les administrateurs responsables des opérations effectuées pendant la conduite de procédures informelles, telles que des négociations de restructuration (question examinée dans la deuxième partie, chap. II, par. 2 à 18) peuvent contribuer à les dissuader d'adopter rapidement des mesures. Si de nombreux pays ont, comme il se doit, fait une large place aux lois sur l'insolvabilité pour accroître les possibilités d'adopter rapidement des mesures afin de faciliter le sauvetage ou le redressement des entreprises, l'on ne s'est guère attaché à inciter les administrateurs à mettre à profit les procédures ainsi offertes. Souvent, c'est aux créanciers qu'est laissé le soin de tirer parti des possibilités en présence ou d'ouvrir la procédure officielle, les administrateurs n'étant pas intervenus en temps voulu.

11. Un certain nombre de pays s'emploient à encourager une action rapide en obligeant le débiteur à demander l'ouverture d'une procédure officielle dans un

---

[3] Il a été dit que la rareté des affaires relevant de la législation applicable aux opérations effectuées par une société insolvable dans un État s'expliquait par la facilité d'accès relative à des procédures volontaires et seules les entreprises qui étaient en tous points insolvables étaient finalement mises en liquidation.

délai précis après que l'insolvabilité est devenue effective afin d'éviter que l'entreprise ne poursuive son activité alors qu'elle est insolvable. D'autres lois abordent la question en mettant l'accent sur les obligations des administrateurs pendant la période précédant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et en engageant leur responsabilité pour les dommages causés par la poursuite de leur activité alors qu'il était clair ou qu'il aurait dû être prévu que l'insolvabilité était inévitable. Ces dispositions se justifient par la volonté d'inciter les intéressés à prendre rapidement des mesures et à engager des négociations de restructuration ou une procédure de redressement, et à empêcher les administrateurs d'externaliser les coûts de l'entreprise en difficulté financière et de faire peser tous les risques liés à de futures activités sur les créanciers.

12. L'imposition de telles obligations fait sans cesse débat. Ceux qui considèrent qu'une telle approche a des avantages[4] font observer que lesdites obligations peuvent contribuer à encourager les administrateurs à agir prudemment et à prendre rapidement des mesures pour enrayer le déclin de l'entreprise afin de mettre les créanciers existants à l'abri de pertes encore plus importantes et d'empêcher que de nouveaux créanciers ne se trouvent mêlés aux difficultés financières de l'entreprise. En d'autres termes, ces obligations peuvent avoir pour effet de contrôler et de discipliner les dirigeants de l'entreprise en les dissuadant d'adopter des lignes de conduite trop risquées ou d'approuver passivement des mesures elles aussi trop risquées proposées par certains administrateurs, compte tenu des sanctions prévues en cas de manquement aux obligations. Celles-ci ont peut-être aussi l'avantage d'encourager les dirigeants de l'entreprise à obtenir des avis spécialisés compétents lorsque des difficultés financières surgissent.

13. Les auteurs qui estiment que cette formule comporte d'importants inconvénients citent les exemples suivants: les administrateurs peuvent chercher à échapper à leurs responsabilités en fermant prématurément une entreprise viable qui aurait pu survivre, au lieu d'essayer de la tirer de ses difficultés. Toutefois, des dispositions correctement formulées décourageraient une fermeture prématurée de l'entreprise et inciterait les administrateurs à poursuivre leur activité lorsque c'est le meilleur moyen de réduire au minimum les pertes pour les créanciers. Il est également dit que ces obligations peuvent se solder par une érosion du statut juridique conféré par l'acte constitutif de la société, encore que l'on puisse faire valoir qu'une responsabilité limitée devrait être considérée comme un privilège et que les tribunaux sont conscients du risque d'abus de cette responsabilité lorsqu'elle porte préjudice aux créanciers. On peut aussi estimer que ces obligations affaiblissent les mesures d'incitation en ce sens qu'une trop grande prise de risque peut décourager les administrateurs. Des dispositions correctement formulées doivent mettre l'accent non pas tant sur les causes des difficultés en présence que sur les actes ou omissions des administrateurs relevés ultérieurement. Des exemples de pays imposant de telles obligations donnent à entendre que seuls les administrateurs les plus manifestement inconséquents sont jugés responsables.

14. Il est dit également que ces obligations peuvent donner lieu à une plus grande incertitude car la responsabilité dépend des circonstances particulières de l'espèce ainsi que de l'attitude future des tribunaux. On estime que de nombreux tribunaux n'ont pas l'expérience voulue pour examiner après coup le comportement

---

[4] Par exemple, Directors in the Twilight Zone III (2009), INSOL International, Overview, p. 5.

commercial d'un administrateur et évaluer les décisions prises par ce dernier au cours de la période en question. Toutefois, dans les pays qui ont l'habitude d'imposer de telles obligations, les tribunaux respectent en général les mesures prises par les administrateurs, en particulier lorsque ceux-ci ont agi sur la base de conseils indépendants. Selon un autre avis, il existe un risque accru pour les banques et d'autres entités pouvant être considérées comme des administrateurs de voir leur responsabilité engagée de manière imprévue en raison de leur participation aux affaires de la société, en particulier au moment de l'insolvabilité. Il est souhaitable que la législation pertinente protège comme il se doit ces parties lorsqu'elles agissent de bonne foi, en toute indépendance à l'égard du débiteur et de manière commercialement raisonnable. On fait aussi valoir que le fait d'imposer de telles obligations a pour effet de surindemniser les créanciers qui sont à même de se protéger à travers leurs contrats, de sorte que la réglementation est superflue. Cette approche présuppose, par exemple, que les créanciers aient passé un contrat avec le débiteur, qu'ils soient capables de négocier des mesures de protection appropriées pour parer à une large gamme d'éventualités et qu'ils aient les moyens financiers, la volonté et la possibilité de contrôler les affaires de l'entreprise. Ce n'est pas le cas de tous les créanciers.

15. Les obligations et responsabilités des administrateurs sont définies, selon les pays, par différentes branches du droit, dont le droit des sociétés, le droit civil, le droit pénal et le droit de l'insolvabilité et, dans certains cas, elles peuvent être énoncées ou réparties dans plusieurs de ces lois. Dans les pays de *common law*, les obligations des administrateurs peuvent être définies non seulement par les textes pertinents mais aussi par la jurisprudence. En outre, le point de savoir si les obligations et responsabilités des administrateurs relèvent du droit de l'insolvabilité ou du droit des sociétés donne lieu à différents points de vue. Cela tient à la situation des sociétés à savoir, d'une part, les sociétés solvables qui sont en général visées par des textes législatifs qui ne traitent pas de l'insolvabilité, comme le droit des sociétés, et, d'autre part, les sociétés insolvables qui font l'objet d'une procédure d'insolvabilité et relèvent du droit de l'insolvabilité. La période qui précède l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, lorsque le débiteur peut être techniquement insolvable, suscite des préoccupations qui risquent de ne pouvoir être dûment prises en compte par le droit des sociétés ou par le droit de l'insolvabilité. L'imposition d'obligations rétroactivement exécutoires après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité peut conduire à un chevauchement des obligations applicables en vertu de différentes branches du droit et il est souhaitable, par souci de transparence et de clarté et pour éviter d'éventuels conflits, de les faire concorder.

16. Si les lois dans lesquelles s'inscrivent ces obligations sont différentes, il en est de même des obligations proprement dites. Les lois applicables avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité diffèrent en général de celles applicables dès lors que la procédure a débuté (voir deuxième partie, chap. III, par. 22 à 33). Les normes que doivent respecter les administrateurs dans l'exercice de leurs fonctions varient aussi généralement selon la nature et le type de l'entité commerciale considérée, par exemple selon qu'il s'agit d'une société anonyme ou d'une société à responsabilité limitée, à capital fermé ou privée ou encore d'une entreprise familiale, et selon le pays où opère la société. Les administrateurs de sociétés anonymes ont habituellement des obligations beaucoup plus rigoureuses et plus complexes que ceux d'autres types de sociétés.

17. Les lois concernant les obligations et responsabilités des administrateurs d'entreprises sont étroitement liées, dans leur application, à d'autres règles juridiques et dispositions légales touchant la gouvernance des entreprises. Dans certains pays, elles constituent un élément clef des cadres réglementaires, par exemple ceux visant à protéger les déposants des établissements financiers, à faciliter le recouvrement des recettes ou à privilégier certaines catégories de créanciers (comme les employés), ainsi que des règles juridiques, des usages commerciaux et du contexte culturel à l'échelle locale.

18. Pour être efficace, une réglementation dans ce domaine doit chercher à concilier les objectifs et les intérêts souvent concurrents des différentes parties prenantes, c'est-à-dire préserver la faculté des administrateurs de s'acquitter de leurs obligations et d'exercer leur jugement, encourager un comportement responsable, décourager la prise de risques excessifs, faciliter l'activité de l'entreprise et favoriser très tôt la recapitalisation ou le redressement des entreprises en difficulté. Cette réglementation aurait pour effet de renforcer la confiance des créanciers et de les encourager à continuer de traiter avec l'entreprise, de favoriser la participation de dirigeants plus expérimentés qui, autrement, seraient peut-être peu disposés à intervenir en raison du risque d'échec, et de promouvoir une bonne gouvernance d'entreprise, d'où la possibilité de mieux prévoir la situation juridique des administrateurs et de limiter le risque que les praticiens de l'insolvabilité soient amenés à les poursuivre une fois ouverte la procédure d'insolvabilité. Des principes directeurs inefficaces, obsolètes et incohérents concernant les obligations des responsables de la gestion d'une entreprise lorsque celle-ci approche de l'insolvabilité risquent de compromettre les avantages qu'une loi efficace et effective sur l'insolvabilité est censée procurer.

19. La présente [partie] a pour objet de recenser les principes de base devant figurer dans le droit de l'insolvabilité au sujet des obligations des administrateurs lorsque l'entreprise fait face à une insolvabilité effective ou imminente. Ces principes peuvent servir de référence et être utilisés par les décideurs lorsqu'ils examinent et élaborent des cadres juridiques et réglementaires adéquats. Tout en reconnaissant qu'il est souhaitable d'atteindre les objectifs du droit de l'insolvabilité (voir ci-dessus dans la première partie, chap. I, par. 1 à 14 et recommandation 1) moyennant une action rapide et un comportement approprié de la part des administrateurs, il est aussi admis que des règles excessivement draconiennes peuvent présenter des inconvénients et constituer des menaces pour l'esprit d'entreprise. La présente [partie] ne traite pas des obligations des administrateurs qui peuvent relever du droit pénal, du droit des sociétés ou de la législation sur les délits civils et porte uniquement sur les obligations qui peuvent figurer dans le droit de l'insolvabilité et qui sont exécutoires dès lors que la procédure d'insolvabilité est ouverte.

## B. Identification des parties redevables des obligations

20. Dans la plupart des États, les obligations concernant la gestion et la supervision des opérations de l'entreprise incombent à différentes personnes. Il peut s'agir des propriétaires de l'entreprise, d'administrateurs officiellement désignés, de dirigeants ou de cadres (qui peuvent également être des directeurs exécutifs) et de personnes ou entités non désignées, y compris de tiers agissant comme

administrateurs de fait[5] ou administrateurs “occultes”[6], et également de personnes auxquelles les pouvoirs ou obligations d’un administrateur peuvent avoir été délégués par l’ensemble des administrateurs. Bien que certaines lois prévoient qu’un membre d’un groupe d’entreprises ne puisse être nommé administrateur d’un autre membre du groupe, il peut néanmoins être considéré, si l’on s’en tient à une large définition du terme “administrateur”, comme administrateur d’autres membres du groupe. Cela est en général le cas lorsqu’un membre du groupe (ou ses administrateurs) s’acquitte de fonctions touchant la gestion et la supervision d’autres membres du groupe. Cette question peut être tout à fait pertinente dans le contexte de membres du groupe qui sont des sociétés contrôlées ou des sociétés mères, lorsque la société mère intervient constamment et systématiquement dans la gestion du membre du groupe contrôlé. Toutefois, la décision d’une société contrôlée de soutenir la société mère, lorsque la première a intérêt à agir ainsi et ne le fait pas sous la pression de la seconde, ne peut conférer à celle-ci la qualité d’administrateur de la société contrôlée.

21. Une large définition peut aussi englober les conseillers spéciaux et, dans certaines circonstances, des banques et autres prêteurs, qui donnent à une société des conseils sur la manière de faire face à ses difficultés financières. Dans certains cas, ces “conseils” peuvent consister à déterminer la ligne de conduite que doit suivre très exactement la société et faire de l’adoption d’une ligne de conduite particulière une condition de l’octroi de crédits. Néanmoins, à condition que les administrateurs de la société puissent conserver la faculté de refuser cette ligne de conduite, même si en réalité l’on puisse considérer qu’ils n’ont guère le choix car il faut s’attendre à terme à une liquidation, et sous réserve que les conseillers extérieurs agissent en toute indépendance, de bonne foi et d’une manière appropriée du point de vue commercial, il est souhaitable que lesdits conseillers ne soient pas

---

[5] Un administrateur de fait est généralement considéré comme une personne qui agit en qualité d’administrateur mais n’est pas officiellement désignée en cette qualité, ou dont la nomination est entachée d’un vice de forme. Une personne peut être administrateur de fait quel que soit le titre officiel qui lui est attribué pour autant qu’elle s’acquitte des fonctions pertinentes. Il peut s’agir de toute personne qui, à un moment ou à un autre, prend part à la constitution, à la promotion ou à la gestion de la société. Dans les petites entreprises familiales, il peut s’agir de membres de la famille, d’anciens administrateurs, de consultants et même d’employés ayant beaucoup d’ancienneté. Habituellement, pour être considéré comme administrateur de fait, il ne suffit pas de participer à la gestion de la société, cette qualité pouvant découler d’un ensemble d’actes, comme la signature de chèques; la signature de la correspondance de la société en qualité de “directeur”; le fait de permettre aux clients, aux créanciers, aux fournisseurs et aux employés de considérer l’intéressé comme un administrateur ou un décideur; et l’adoption de décisions financières concernant l’avenir de la société avec la banque et les experts comptables de la société.

[6] Un administrateur occulte peut, sans avoir été formellement désigné en cette qualité, être une personne sur les instructions de laquelle les administrateurs de la société agissent habituellement. Généralement, cela exclut les conseillers professionnels qui agissent à ce titre. Pour être considéré comme administrateur occulte, il faut pouvoir influencer l’ensemble ou la majorité du conseil d’administration et être habilité à prendre des décisions financières et commerciales qui lient la société et, dans certains cas, il faut aussi que la société ait cédé à l’administrateur occulte tout ou partie de ses pouvoirs de gestion. Dans le contexte d’un groupe d’entreprises, un membre du groupe peut être administrateur occulte d’un autre membre du groupe. Lors de l’examen de la conduite qui pourrait permettre à une personne d’accomplir les fonctions d’administrateur occulte, il peut être nécessaire de tenir compte de la fréquence selon laquelle ces fonctions sont accomplies et si oui ou non une influence est réellement exercée.

considérés comme relevant de la catégorie des personnes soumises à des obligations.

22. Le terme “administrateur” ne fait pas l’objet d’une définition universellement acceptée. D’une manière générale, toutefois, l’on peut considérer qu’une personne remplit les fonctions d’administrateur lorsqu’elle est chargée de prendre – et qu’en fait elle prend ou devrait prendre – des décisions clefs s’agissant de tâches consistant notamment: à déterminer la stratégie de l’entreprise, sa politique de risque, ses budgets annuels et ses programmes d’activité; à suivre les résultats de l’entreprise; à contrôler les principales dépenses d’équipement; à surveiller les pratiques de la société en matière de gouvernement d’entreprise; à recruter et nommer les principaux dirigeants et à appuyer leurs activités; à assurer la disponibilité de ressources financières adéquates; à gérer les conflits d’intérêts pouvant surgir; à s’assurer de l’intégrité des systèmes de comptabilité et d’information financière; à rendre compte aux actionnaires des performances de la société. Pour plus de commodité, le terme général “administrateur” est utilisé dans la présente [partie] pour désigner ces personnes. Les obligations décrites ci-dessous incombent à toute personne qui exerçait les fonctions d’administrateur alors que l’entreprise devait faire face à une insolvabilité effective ou imminente et peuvent viser également les administrateurs qui par la suite démissionnent (voir par. 40 ci-dessous). Elles ne concernent pas les administrateurs nommés après l’ouverture de la procédure d’insolvabilité.

*Note à l’intention du Groupe de travail*

23. Le Groupe de travail voudra peut-être envisager d’utiliser un terme plus générique tel que “personne responsable”.

## C. Naissance des obligations: période précédant l’insolvabilité

24. Cette [partie] met l’accent sur les obligations qui peuvent incomber aux administrateurs à un moment quelconque précédant l’ouverture d’une procédure d’insolvabilité. Même si ces obligations naissent avant l’ouverture de la procédure, elles ne pourraient être imposées qu’une fois la procédure ouverte et en tant que conséquence de cette ouverture, et s’appliqueraient rétroactivement, de la même manière que les dispositions relatives à l’annulation (voir deuxième partie, chap. II, par. 148 à 150 et 152). La période où naissent les obligations est parfois appelée “zone crépusculaire” ou “quasi-insolvabilité”. Ce concept, qui peut être source d’imprécision, vise à décrire les circonstances d’une dégradation de la stabilité financière de la société qui, si rien n’est fait, risque de déboucher sur une situation d’insolvabilité et l’ouverture d’une procédure d’insolvabilité.

25. Si l’on imposait des obligations supplémentaires aux administrateurs lorsque l’insolvabilité approche, différentes possibilités s’offriraient alors pour déterminer le moment auquel de telles obligations pourraient prendre naissance. L’une des possibilités qui pourraient être envisagées serait le moment auquel est introduite une action en insolvabilité, possibilité qui est sans doute celle qui crée la plus grande certitude. Si, cependant, la législation relative à l’insolvabilité prévoit que la procédure d’insolvabilité commence automatiquement dès l’introduction de l’action

ou si l'intervalle entre l'introduction de l'action et le début de la procédure est très bref (voir la recommandation 18), cette option n'aura guère d'effet.

26. D'autres possibilités sont fondées sur le principe selon lequel l'obligation prend naissance lorsqu'une société est de fait ou techniquement insolvable, ce qui, dans certaines législations, peut se produire bien avant que ne soit introduite une action en insolvabilité. Si l'on suit l'approche générale qui inspire le Guide législatif, l'on pourrait dire qu'il y a insolvabilité dès lors qu'une société n'est pas en mesure de payer ses dettes lorsqu'elles sont exigibles ou que le passif d'une société dépasse la valeur de son actif (recommandation 15). Une autre possibilité serait le moment à partir duquel l'insolvabilité semble imminente, c'est-à-dire lorsque la société est dans l'incapacité générale de payer ses dettes à leur échéance (recommandation 15 a)). Ces critères sont de plus en plus fréquemment utilisés comme marquant le début de la situation d'insolvabilité et, dans certains pays, comme imposant aux administrateurs l'obligation d'introduire une action en insolvabilité dans un délai spécifié, habituellement assez bref, suivant la situation de cessation de paiement. En imposant des obligations aux administrateurs à partir du même moment, on cherche à les encourager à agir de manière à éviter l'insolvabilité ou à prendre des mesures pour en limiter la gravité, y compris, le cas échéant, en lançant une procédure d'insolvabilité officielle.

27. Selon une approche quelque peu différente, on prend en compte la connaissance de la situation par un administrateur à un moment donné précédant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité lorsque, par exemple, il savait, ou aurait dû savoir, que la société était insolvable, ou sur le point de l'être, qu'il n'y avait aucune perspective raisonnable pour la société d'éviter une action en insolvabilité ou que la poursuite de l'activité était menacée, mais avant qu'une situation irréversible ou des difficultés financières ne surviennent ou que l'insolvabilité ne devienne inévitable. L'un des inconvénients d'un tel critère est qu'il peut être difficile de définir avec précision le moment auquel la connaissance requise peut être supposée. On peut toutefois faire valoir que, dans la mesure où les comptes de la société sont exacts, l'administrateur devrait pouvoir déterminer lorsque celle-ci est en difficulté et risque de répondre aux critères d'insolvabilité, ou, au contraire, partir du principe qu'il avait connaissance des informations qui auraient été révélées si la société avait respecté son obligation de tenir correctement sa comptabilité et d'établir ses comptes annuels. L'application d'un tel critère exigerait que l'on étudie de manière plus générale les circonstances et le contexte, y compris, par exemple, la comptabilité et la situation financière globale de la société. Elle pourrait impliquer que l'on examine les flux de recettes, les dettes contractées et les imprévus, y compris la capacité de mobiliser des fonds. De manière générale, il ne suffirait pas d'apporter la preuve d'une insuffisance temporaire de liquidité.

## D. Nature des obligations

28. Si la raison qui conduit à imposer des obligations aux administrateurs lorsque la société est sur le point d'être insolvable peut être similaire dans différents pays, ceux-ci suivent des approches différentes en ce qui concerne la formulation de ces obligations et la définition du critère à appliquer. En général, toutefois, les législations mettent l'accent sur deux aspects, à savoir engager la responsabilité civile d'un administrateur qui a causé l'insolvabilité ou n'a pas pris les mesures

appropriées alors que la société était sur le point d'être insolvable (y compris, le cas échéant, l'obligation d'ouvrir une procédure d'insolvabilité) et éviter que les administrateurs ne prennent des mesures lorsque la société est sur le point d'être insolvable.

**a) Obligation d'ouvrir une procédure d'insolvabilité**

29. Comme il est noté au paragraphe 26, certaines législations imposent aux administrateurs l'obligation d'introduire une action en insolvabilité, laquelle pourra déboucher, entre autres, sur un redressement ou la liquidation, dans un délai spécifié généralement assez bref, par exemple trois semaines, suivant la date à laquelle la société est devenue techniquement insolvable. Faute de quoi, en raison des pertes subies par la société et ses créanciers, la responsabilité personnelle des administrateurs peut se trouver engagée, en tout ou en partie, voire leur responsabilité pénale, si la société poursuit son activité. Cette obligation est examinée dans la deuxième partie, aux paragraphes 35 et 36 du chapitre premier. Dans les pays où il est nécessaire de prouver le caractère frauduleux des actes des administrateurs pour invoquer le manquement à cette obligation, ce type d'obligation s'est révélé difficile à appliquer. Certains pays ont par conséquent remplacé ou complété l'ancienne notion d'"opération commerciale frauduleuse" par une notion plus moderne, celle de "faute de gestion", selon laquelle la responsabilité des administrateurs peut être engagée s'ils permettent à la société de continuer d'opérer alors qu'ils savent ou devraient savoir qu'elle ne sera pas en mesure d'éviter la liquidation pour insolvabilité, et ne prennent pas les mesures adéquates pour protéger les intérêts des créanciers.

**b) Responsabilité civile**

30. Lorsque la société est sur le point d'être insolvable, la responsabilité civile de l'administrateur est généralement en cause lorsque celui-ci a provoqué l'insolvabilité ou n'a pas pris les mesures appropriées pour surveiller la situation financière de la société, éviter ou atténuer les difficultés financières, réduire au minimum les pertes que peuvent subir les créanciers et éviter l'insolvabilité. La responsabilité peut être engagée lorsqu'un administrateur effectue une transaction dans un autre but que celui d'atténuer les difficultés financières et de préserver la valeur de la société (notamment des transactions à haut risque ou des transactions financées par des actifs de la masse, qui augmentent le risque encouru par la société, sans justification). Elle peut aussi être engagée lorsqu'un administrateur savait que l'insolvabilité était inévitable ou que la société ne pourrait pas faire face à ses engagements lorsqu'ils seraient exigibles, mais a néanmoins continué de gérer ses activités y compris, par exemple, en obtenant des biens et des services à crédit, sans aucune perspective de remboursement, et sans divulguer la situation financière de la société aux créanciers. Dans certaines législations, elle peut être engagée lorsqu'un administrateur faillit à son obligation de signaler l'incapacité d'effectuer certains paiements, tels que les impôts et les cotisations sociales, ou de faire une déclaration officielle d'insolvabilité.

31. En dehors des législations qui exigent que les administrateurs signalent cette incapacité ou fassent une déclaration officielle, on peut généralement s'attendre, dans les circonstances décrites plus haut, à ce qu'un administrateur agisse raisonnablement et prenne des mesures adéquates et appropriées pour surveiller la

situation, de manière à rester informé, et puisse par conséquent limiter au minimum les pertes pour la société et les créanciers, éviter d'adopter des mesures qui aggraveraient la situation et prendre des mesures raisonnables pour éviter que la société ne devienne insolvable.

32. Parmi les mesures adéquates et appropriées, on pourrait envisager, selon la situation de fait, tout ou partie des mesures suivantes:

a) Les administrateurs pourraient veiller à l'établissement et à la tenue à jour de la comptabilité. Si tel n'est pas le cas, ils devraient s'employer à remédier à la situation;

b) Les administrateurs pourraient veiller à obtenir des informations exactes, pertinentes et à jour, notamment en s'informant indépendamment (plutôt qu'en se fiant uniquement aux indications de la direction) de la situation financière de la société, de l'ampleur de la pression exercée par les créanciers, de toute action en justice ou action en recouvrement engagée par des créanciers, ou des litiges avec des créanciers;

c) Des réunions régulières du conseil d'administration pourraient être convoquées pour surveiller la situation, les décisions commerciales (y compris les désaccords) étant soigneusement consignées, de même que les raisons les justifiant, y compris, le cas échéant, les raisons permettant à la société de poursuivre ses activités et les raisons de penser qu'il y a une perspective raisonnable d'éviter la liquidation pour insolvabilité. Parmi les mesures à prendre pourrait figurer la poursuite des activités, car il pourrait y avoir des circonstances dans lesquelles il conviendrait de le faire, même si l'on est parvenu à la conclusion que la liquidation ne pourra pas être évitée, parce que, par exemple, la société a des actifs qui auront une valeur bien plus élevée s'ils sont vendus en vue de la poursuite de l'activité. Si la poursuite des activités nécessite de nouveaux emprunts (dans la mesure où la loi sur l'insolvabilité l'autorise), il faudra consigner les raisons justifiant que la société demande ces nouveaux emprunts et contracte ainsi de nouvelles dettes, de manière à ce qu'il reste une trace écrite des mesures prises par les administrateurs, au cas où cela se révèlerait nécessaire par la suite;

d) On pourrait demander l'avis ou l'aide de spécialistes, y compris de spécialistes de l'insolvabilité. Si les administrateurs peuvent avoir besoin d'avis juridiques à ce stade, les questions clefs liées à la situation financière de la société sont généralement de nature commerciale plutôt que juridique. Il est souhaitable que les administrateurs examinent la situation financière de la société pour en tirer eux-mêmes les conclusions probables, tout en demandant des avis pour garantir que toute décision qu'ils prendront résistera à un examen objectif et indépendant;

e) On pourrait tenir des discussions préalables avec des auditeurs et, si nécessaire, faire réaliser un audit externe;

f) Les administrateurs pourraient examiner la structure et les fonctions de l'entreprise dans l'objectif d'en déterminer la viabilité et de réduire les dépenses. Ils pourraient envisager la possibilité de tenir des négociations de restructuration ou d'ouvrir une procédure de redressement et établir un rapport à ce sujet;

g) Les administrateurs pourraient modifier les pratiques de gestion de manière à cibler un éventail de parties intéressées, y compris les employés, les créanciers, les fournisseurs, les clients, l'État, les actionnaires et l'environnement, et

décider des mesures à prendre en conséquence. Au cours de la période pendant laquelle l'insolvabilité devient probable ou difficile à éviter, le fait de s'attacher davantage à préserver les intérêts des créanciers qu'à maximiser la valeur au profit des actionnaires permet aux administrateurs de limiter au minimum le préjudice que pourrait causer aux créanciers, lesquels seront les acteurs principaux de la procédure d'insolvabilité, une conduite excessivement risquée, irresponsable ou gravement négligente;

h) Les administrateurs pourraient veiller à ce que la société ne prenne pas de mesures susceptibles d'entraîner la perte de collaborateurs clefs ni n'effectue d'opérations telles que celles visées dans la recommandation 87, qu'il est possible d'éviter ultérieurement, comme le fait de transférer des avoirs hors de la société à un prix sous-évalué. Tous les paiements ou opérations effectués à ce stade ne sont pas nécessairement suspects. Ainsi, un paiement visant à assurer la fourniture de biens ou services clefs ne constitue pas nécessairement un paiement préférentiel s'il vise uniquement la survie de la société. Il est souhaitable que les raisons justifiant le paiement soient clairement consignées pour le cas où une opération serait remise en question par la suite;

i) Dans l'intérêt de la société, on pourrait convoquer sans retard injustifié une assemblée générale des actionnaires, s'il ressort du bilan qu'une fraction convenue du capital-actions a été érodée (cette règle s'applique généralement lorsque la loi impose une obligation de maintenir un capital minimum).

### c) Annulation d'opérations

33. La recommandation 87 traite de l'annulation d'opérations à un prix sous-évalué, d'opérations préférentielles et d'opérations visant à faire échouer, à retarder ou à entraver le recouvrement des créances par les créanciers (voir deuxième partie, chap. II, par. 170 à 185). Elle s'appliquerait à l'annulation d'opérations réalisées par la société alors que celle-ci est sur le point d'être insolvable. En outre, certains des actes accomplis par les administrateurs peuvent être déclarés illicites une fois la société devenue insolvable, par exemple en application des règles relatives aux opérations illicites ou frauduleuses, et tel peut être le cas également si les actes en question ont aggravé la situation économique de la société ou ont été à l'origine de son insolvabilité, comme le fait de contracter un nouvel emprunt ou d'offrir une nouvelle sûreté personnelle sans justification suffisante. En plus de prévoir l'annulation de l'opération, certaines lois prévoient qu'un administrateur peut être tenu personnellement responsable d'avoir autorisé la société à effectuer une telle opération. La responsabilité s'applique en général uniquement aux administrateurs qui ont autorisé l'opération. Ceux qui ont ouvertement exprimé leur désaccord, et dont l'objection a été dûment consignée, échapperont probablement à la responsabilité.

## E. Le critère applicable

34. Les lois qui régissent les obligations des administrateurs lorsque la société est sur le point d'être insolvable évaluent généralement le comportement de ces derniers durant cette période en se fondant sur divers critères pour déterminer s'ils ont ou non manqué à leurs obligations.

35. Dans certains pays, la question de savoir à quel moment un administrateur ou un dirigeant a su ou aurait dû savoir que la société était insolvable ou sur le point de l'être est évaluée en fonction des connaissances générales, des compétences et de l'expérience pouvant raisonnablement être attendues d'une personne investie des mêmes attributions. On pourra attendre davantage de l'administrateur d'une grande société dotée de procédures et de systèmes comptables très avancés. Si les compétences et l'expérience de l'administrateur dépassent celles qu'exigent ses attributions, son comportement pourra être évalué en fonction de ses compétences et de son expérience effectives plutôt que de celles qu'exigent ses fonctions. En revanche, un manque de compétences et d'expérience, eu égard à ce qu'exige l'emploi, ne constitue pas une excuse, et le comportement de l'administrateur pourra être jugé au regard des compétences et de l'expérience que suppose l'exercice de ses attributions.

36. Selon une autre approche, l'administrateur doit avoir eu des motifs raisonnables de soupçonner que la société était insolvable ou le deviendrait au moment où il a engagé la dette ayant débouché sur l'insolvabilité de la société. Ces motifs doivent être plus que de simples spéculations, et l'administrateur doit avoir de véritables raisons de craindre l'insolvabilité. Ce critère ne va pas aussi loin que celui qui exige de l'administrateur qu'il ait prévu ou su que la société serait insolvable. Il prend en compte un administrateur ayant des compétences courantes et possédant un minimum de connaissances sur la situation financière de la société, l'évaluation se fondant sur les informations que cet administrateur aurait pu connaître et non sur celles constatées ultérieurement le cas échéant. Les données d'expérience dans les pays ayant adopté de telles dispositions montrent que lors de l'examen des faits survenus, souvent même avant l'examen, les tribunaux se montrent très compréhensifs à l'égard de la situation dans laquelle se trouvaient les administrateurs, analysant scrupuleusement cette situation et faisant preuve de compréhension à l'égard des problèmes rencontrés par la société. Les tribunaux hésitent fréquemment à critiquer les opérations commerciales des administrateurs au motif qu'il n'est pas justifié de partir du principe que ce qui est effectivement arrivé était inéluctable ou nécessairement évident sur le moment.

37. Une autre approche encore se fonde sur les fautes de gestion. Pour cela, il est peut-être nécessaire d'établir qu'il existe un lien de causalité entre la faute de gestion et les dettes qui en résultent ou que la faute de gestion a joué un rôle important dans l'insolvabilité de la société. Cette approche exige qu'un administrateur soit reconnu coupable d'avoir commis une faute de gestion par référence à ce que ferait un administrateur normalement avisé. Des exemples de comportement ou d'actes pouvant engager la responsabilité des administrateurs sont notamment l'imprudence, l'incompétence, le manque d'attention, l'inaction, les transactions d'initiés ou n'ayant pas de caractère commercial ou l'octroi irrégulier de crédits dépassant les moyens de la société, mais les plus fréquents sont le fait de permettre à la société de continuer d'opérer alors qu'elle est manifestement insolvable et d'entreprendre des projets dépassant ses moyens financiers et ne répondant pas à ses intérêts. D'autres exemples, relevant également du concept de faute de gestion, sont notamment les cas dans lesquels les administrateurs n'ont pas fait preuve de la diligence requise pour vérifier l'assise financière des partenaires commerciaux ou pour analyser d'autres facteurs importants avant de conclure des contrats, n'ont pas fourni d'informations suffisantes pour permettre au comité de surveillance de superviser l'action de la direction, n'ont pas suivi comme il convient

la gestion financière de la société, ont négligé d'adopter des mesures qui auraient permis d'éviter des risques manifestement prévisibles ou ont, par leur mauvaise gestion, été à l'origine de troubles et de grèves. Pour établir qu'une faute de gestion a été commise, il n'est pas nécessaire qu'un administrateur ait activement participé à la gestion de la société; son consentement passif peut être suffisant.

## F. Exécution des obligations des administrateurs lors de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité

### 1. Moyens de défense

38. Dans certains pays, les administrateurs, tout en ayant des obligations lorsque la société est sur le point d'être déclarée insolvable, peuvent néanmoins invoquer certains moyens de défense, comme la règle relative au jugement d'affaires pour démontrer que leur comportement a été raisonnable. Cette règle établit une présomption selon laquelle les administrateurs ont, par exemple, agi de bonne foi et avaient des raisons de croire qu'ils agissaient dans l'intérêt de la société, qu'ils n'avaient pas d'intérêt personnel matériel dans la décision prise et qu'ils s'étaient dûment informés. Une approche légèrement différente donne aux administrateurs le bénéfice du doute, l'idée étant que les risques sont inévitables dans les affaires et sont un élément inhérent à toute décision de gestion. Comme indiqué ci-dessus, les tribunaux hésitent fréquemment à substituer leur appréciation à celle d'un administrateur qui s'est acquitté des devoirs de diligence et de loyauté ou, avec l'avantage du recul, à critiquer ses décisions. Il se peut également que la règle relative au jugement d'affaires constitue un moyen de défense en cas de manquement à certaines des obligations prévues par la loi, mais pas à toutes.

39. Dans les pays qui prévoient la responsabilité en cas de faute de gestion, les administrateurs doivent démontrer qu'ils avaient pris les mesures voulues pour réduire au minimum les pertes que risquaient de subir les créanciers de la société, après avoir constaté qu'il serait difficile d'éviter la liquidation. Sous réserve de pouvoir prouver qu'ils ont pris des décisions commerciales raisonnables et objectives fondées sur des données financières exactes et sur l'avis de professionnels compétents, les administrateurs devraient pouvoir s'appuyer sur ces moyens de défense même si leurs décisions se sont révélées mauvaises d'un point de vue commercial.

40. Le fait qu'un administrateur ne connaisse pas les affaires de la société ne peut en général pas lui servir d'excuse pour ne pas s'acquitter de ses obligations. Par ailleurs, la démission d'un administrateur lorsque la société est sur le point d'être insolvable ne le libérera pas nécessairement de sa responsabilité, étant donné que certaines lois prévoient qu'il laisserait ainsi entendre que sa démission était liée à l'insolvabilité, qu'il avait connaissance ou aurait dû avoir connaissance de l'imminence de l'insolvabilité et qu'il a omis de prendre des mesures raisonnables pour réduire au minimum les pertes des créanciers et pour redresser la situation. Si un administrateur s'est opposé à une décision qui fait ultérieurement l'objet d'un examen, son désaccord devrait normalement être consigné afin qu'il puisse s'y référer. Lorsqu'un administrateur est en désaccord avec les autres administrateurs sur les mesures à prendre et ne parvient pas à les convaincre en dépit des mesures

raisonnables engagées à cette fin, sa démission peut être justifiée sous réserve que ses efforts et ses conseils soient consignés.

### 2. Voies de droit

41. Dans de nombreux pays, lorsqu'un administrateur manque à ses obligations, la loi prévoit différentes voies de droit, qui peuvent également être combinées, y compris celles prévues dans le droit civil et pénal. Dans le droit civil, les voies de droit visent essentiellement à fournir une réparation pour manquement aux obligations et dommages subis; la manière de calculer le montant de la réparation varie toutefois. Dans un petit nombre de pays, la loi prévoit également l'interdiction pour un administrateur d'exercer de telles fonctions ou de prendre part à la gestion d'une entreprise.

#### a) Dommages-intérêts et réparation

42. Lorsqu'un administrateur est reconnu coupable d'omissions ou d'actes fautifs lorsque la société est sur le point d'être insolvable, l'étendue de sa responsabilité peut varier. Dans certains pays, il peut être tenu pour responsable des pertes ou dommages subis par des créanciers et des employés ainsi que par la société elle-même, lorsque les pertes résultent directement de ses actes ou omissions. Il peut également être tenu pour responsable des paiements qui ont eu pour effet de réduire la valeur de la masse de l'insolvabilité ou des actifs de la société. Certains pays autorisent les tribunaux à évaluer le degré de responsabilité en fonction de la nature et de la gravité de la mauvaise gestion ou des actes ayant engagé la responsabilité de l'intéressé. Dans certains cas, cette responsabilité peut être imputée à des administrateurs déterminés tandis que, dans d'autres, la responsabilité des membres du conseil d'administration peut être conjointe et solidaire. Dans certains pays, l'administrateur peut être tenu pour responsable de la différence entre la valeur des actifs de la société au moment où elle aurait dû cesser d'opérer et la valeur à la date à laquelle elle a effectivement cessé de fonctionner. Certains pays tiennent compte de la différence entre la situation des créanciers et de la société une fois commise la faute de gestion et leur situation en l'absence de faute de gestion. Selon une approche légèrement différente, les administrateurs peuvent être tenus de verser la différence entre les actifs disponibles et le solde nécessaire à la société pour honorer ses dettes.

43. Dans certains pays, qui imposent l'obligation de présenter une demande d'ouverture de procédure d'insolvabilité ou de convoquer une assemblée générale des actionnaires en cas de perte de capital, la loi prévoit également l'octroi de dommages-intérêts.

44. Lorsque les administrateurs sont jugés responsables, il peut être précisé que le montant recouvré doit être versé à la masse de l'insolvabilité. Dans certains pays, en cas de nantissement global d'entreprise, le montant des dommages-intérêts recouvrés est versé aux créanciers chirographaires (comme indiqué au paragraphe 12). On peut faire valoir dans ce cas que la réparation ne devrait pas être attribuée aux créanciers garantis, étant donné que les faits motivant l'action ne se produisent pas avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et ne peuvent donc être visés par une sûreté constituée auparavant par la société. Par ailleurs, contrairement à ce qui est le cas dans une action en annulation, l'objectif n'est pas

de recouvrer les actifs de la société, mais d'obtenir une contribution des administrateurs pour rembourser l'ensemble des créances.

45. Outre les voies de droit susmentionnées, les dettes ou obligations dues aux administrateurs par la société peuvent être différées ou déclassées et les administrateurs peuvent être tenus de rendre compte de tous les biens qu'ils ont acquis ou qu'ils se sont attribués sur le compte de la société ou de tout avantage obtenu en situation de manquement à leurs devoirs.

**b) Interdiction d'exercer les fonctions d'administrateur**

46. La législation d'un petit nombre de pays dispose que l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité entraîne l'interdiction pour un administrateur d'exercer de telles fonctions ou de prendre part à la gestion d'une entreprise. Ces mesures sont généralement considérées comme des mesures de protection destinées à empêcher ces administrateurs d'occuper un poste où ils risquent de causer d'autres préjudices en continuant d'exercer leurs fonctions de gestion et d'administration dans la même ou dans une autre société. Selon la législation d'un pays, une personne peut se voir interdire d'exercer ces fonctions pendant une période comprise entre 2 et 15 ans lorsqu'elle n'est pas jugée "apte" à les assumer. Les facteurs pris en considération à cette fin sont notamment un manquement à l'obligation fiduciaire, un détournement de fonds, des déclarations financières ou non financières trompeuses, ou un manquement à l'obligation de tenir une comptabilité et de soumettre des rapports appropriés. Les causes d'interdiction peuvent être également des actes en rapport avec l'insolvabilité de la société, l'administrateur pouvant ainsi être tenu pour responsable si la société a conclu des transactions pouvant être annulées pour des motifs semblables à ceux visés dans la recommandation 87 ou si elle a continué d'opérer alors que l'intéressé savait ou aurait dû savoir qu'elle était insolvable. Ces différents facteurs sont généralement pris en considération globalement pour déterminer, dans un cas spécifique, si l'intéressé n'est pas "apte" à exercer les fonctions d'administrateur. Dans les pays qui prévoient une telle interdiction, les administrateurs reconnus inaptes sont souvent, mais pas toujours, ceux qui se sont signalés par un manque d'honnêteté dans les affaires, une faute grave ou une incompétence manifeste.

47. L'interdiction d'exercer les fonctions d'administrateur peut être prononcée en même temps que d'autres sanctions, comme indiqué ci-dessus, ou peut être prononcée seule lorsque la conduite de l'administrateur justifie une telle sanction.

**3. Droit d'agir**

48. Dans plusieurs pays, la législation restreint le droit d'intenter une action contre un administrateur selon la nature de l'action, la personne habilitée à agir et la date à laquelle l'action est intentée. Des considérations similaires s'appliquent également à l'exercice des pouvoirs d'annulation visés dans la recommandation 87 (voir deuxième partie, chap. II, par. 192 à 195).

49. Dans un certain nombre de pays, lorsque la procédure d'insolvabilité a commencé, le représentant de l'insolvabilité est le seul qui, après avoir analysé les décisions prises par l'administrateur avant l'insolvabilité, soit habilité à poursuivre l'administrateur, par exemple pour annuler une opération particulière ou pour obtenir dans l'intérêt des créanciers réparation du préjudice causé à la société. Les

lois en matière de fautes de gestion, par exemple, peuvent autoriser le représentant de l'insolvabilité à poursuivre des administrateurs de la société pour qu'ils contribuent à la masse de l'insolvabilité lorsque leurs actes ont contribué à l'insolvabilité de leur société ou ont constitué des actes de mauvaise gestion. Certains pays autorisent également le procureur ou le tribunal agissant d'office à intervenir. Dans certains pays et dans certaines circonstances, par exemple lorsque le représentant de l'insolvabilité s'abstient d'intervenir, les créanciers peuvent avoir un droit dérivé (voir deuxième partie, chap. II, par. 192 à 195).

50. Dans les pays qui imposent l'obligation d'ouvrir une procédure d'insolvabilité, la société et les créanciers peuvent demander des dommages-intérêts. Lorsque des paiements ont été effectués par les administrateurs en violation du moratoire accompagnant l'obligation d'ouvrir une procédure d'insolvabilité, la société elle-même peut demander des dommages-intérêts. Elle peut également le faire dans les pays qui prévoient l'obligation de convoquer une assemblée générale des actionnaires en cas de perte de capital.

### 4. Financement de la procédure

51. Une difficulté pouvant se présenter dans les pays qui autorisent le représentant de l'insolvabilité à agir a trait au paiement des frais de justice si l'action n'aboutit pas. L'absence de fonds est le plus souvent invoquée pour expliquer le nombre relativement faible d'actions engagées pour manquement aux obligations. Comme c'est fréquemment le cas des actions en annulation, il se peut que les représentants de l'insolvabilité soient peu disposés à dépenser des sommes faisant partie de la masse pour entamer une action à moins que celle-ci n'ait de très bonnes chances d'aboutir (voir deuxième partie, chap. II, par. 196). Différentes approches peuvent être adoptées en ce qui concerne le financement de telles actions. Des fonds peuvent être mis à disposition sur la masse de l'insolvabilité lorsque les actifs sont suffisants; le droit d'engager une telle action, ou le produit escompté d'une telle action si elle aboutit, peut être cédé contre valeur à un tiers, notamment aux créanciers; ou encore les frais liés à l'engagement d'une telle action peuvent être financés par une éventuelle réparation. Dans certains cas, les réclamations visant les administrateurs peuvent être réglées, ce qui permet d'éviter d'avoir à trouver des fonds. Ce type de procédures devrait être facile à engager et des moyens de financement adaptés devraient être mis en place. Il serait judicieux de désigner les tribunaux compétents pour engager ce type d'actions; cette question est examinée ci-dessus au paragraphe 19 du chapitre premier de la deuxième partie.

### Projets de recommandations 1 à 11

#### Objet des dispositions législatives

Les dispositions régissant les actes ou omissions des personnes responsables de la gestion d'une société ("administrateurs") lorsque celle-ci est dans l'incapacité effective ou imminente de répondre à ses obligations à leur échéance ont pour objet:

a) De faire en sorte que les lois sur l'insolvabilité protègent les intérêts légitimes des créanciers en leur épargnant les préjudices découlant des actes abusifs ou omissions des administrateurs à un moment donné;

b) De prévoir des voies de droit proportionnées lorsque des administrateurs ont commis des actes abusifs ou des omissions qui ont provoqué l'insolvabilité et partant des pertes pour les créanciers, ou qui les ont aggravées; et

c) De le faire de manière à réduire au minimum le risque que ces dispositions:

i) Nuisent au redressement efficace d'une société;

ii) Découragent des personnes d'exercer les fonctions d'administrateur, en particulier dans les sociétés en difficulté financière; ou

iii) Empêchent les administrateurs d'exercer leur jugement d'affaires de manière raisonnable et de prendre des risques commerciaux raisonnables.

**Contenu des dispositions législatives**

1. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, s'il est établi lors de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité que les actes abusifs ou omissions d'un administrateur ont porté préjudice aux intérêts des créanciers d'une société, ledit administrateur est responsable de son comportement à l'égard de la société.

*Parties redevables des obligations*

2. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier la partie redevable des obligations. Il peut s'agir de toute personne qui, conformément au droit interne, exerce les fonctions d'administrateur [voir les précisions concernant les personnes pouvant être considérées comme administrateurs aux paragraphes 20 à 22 ci-dessus].

*Naissance des obligations*

3. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que les obligations énoncées dans la recommandation 4 naissent au moment où un administrateur sait ou aurait dû raisonnablement savoir que l'insolvabilité était probable ou inévitable.

*Les obligations*

4. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'à compter du moment mentionné dans la recommandation 3, un administrateur devrait avoir les obligations suivantes:

a) Prendre les mesures raisonnables pour éviter l'insolvabilité ou réduire au minimum l'étendue de l'insolvabilité lorsque celle-ci est inévitable;

b) Tenir dûment compte des intérêts des créanciers;

c) Se tenir pleinement informé des affaires de la société, notamment en sollicitant, si nécessaire, l'avis de spécialistes; et

d) Veiller à ce que les actifs de la société soient protégés et ne pas autoriser la société à réaliser des opérations comme celles visées dans la recommandation 87, ni engager la société dans de telles opérations.

*Responsabilité*

5. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir des voies de droit lorsqu'un administrateur a manqué aux obligations visées dans la recommandation 4 et que ce

manquement a, directement ou indirectement, entraîné l'insolvabilité ou accru les pertes subies par les créanciers.

6. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir qu'un administrateur qui a pris les précautions nécessaires et accordé l'attention voulue attendues d'un administrateur compétent n'est pas responsable en cas de manquement aux obligations visées dans la recommandation 4.

*Voies de droit*

7. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que la responsabilité d'un administrateur en cas de manquement aux obligations visées dans la recommandation 4 devrait être proportionnée et limitée en fonction de la mesure dans laquelle le manquement a, personnellement ou collectivement, entraîné des pertes ou accru celles existantes. Les voies de droit peuvent notamment avoir pour objet:

a) D'apporter une contribution appropriée au remboursement des dettes de la société;

b) De prévoir la réparation des pertes causées par l'une quelconque des opérations visées par la recommandation 87, que la société a réalisée;

c) De limiter l'exercice du droit à compensation en ce qui concerne les dettes dues à l'administrateur par la société;

d) Lorsque l'administrateur est un créancier, de prévoir que la totalité ou une partie de toute dette de la société envers l'administrateur a la priorité de rang sur toutes les autres dettes de la société.

*Conduite d'une action contre un administrateur*

8. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que le représentant de l'insolvabilité est la principale personne habilitée à engager une action contre un administrateur pour manquement aux obligations visées dans la recommandation 4. Elle peut aussi permettre aux créanciers d'engager une telle action avec l'accord du représentant de l'insolvabilité et, lorsque ce dernier ne donne pas son accord, leur permettre de demander l'autorisation au tribunal d'engager l'action.

*Financement d'une action contre un administrateur*

9. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que les frais d'une action visant un administrateur sont assimilés à des dépenses afférentes à l'administration de la procédure d'insolvabilité.

10. La loi sur l'insolvabilité peut prévoir d'autres solutions pour l'engagement et le financement de la procédure.

*Mesures supplémentaires*

11. La loi sur l'insolvabilité peut prévoir des mesures supplémentaires, outre les voies de droit énoncées dans la recommandation 7, pour décourager les comportements engageant la responsabilité d'un administrateur comme indiqué dans la recommandation 5. Ces mesures peuvent notamment consister à limiter l'aptitude d'un administrateur à exercer ses fonctions pendant une certaine période.

*Note à l'intention du Groupe de travail*

52. Si les recommandations ci-dessus constituent la quatrième partie du Guide législatif, elles seront numérotées de 255 à 266. Les recommandations 8 à 10 s'appuient sur les recommandations 93 à 95 du Guide législatif et ont été incorporées au motif qu'elles s'appliquent également aux actions engagées contre un administrateur pour manquement à ses obligations lorsqu'une société est sur le point d'être insolvable.

## H. Proposition de la délégation des États-Unis d'Amérique présentée pour examen au Groupe de travail, soumise au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa quarante et unième session (A/CN.9/WG.V/WP.105)

**[Original: anglais]**

1. Notre délégation appuie les progrès réalisés par le Groupe de travail V en vue de préciser les concepts qui sous-tendent la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale. Nous nous félicitons des travaux et des efforts menés sans relâche par le Secrétariat afin d'actualiser le Guide pour l'incorporation, car ce processus permet de faire avancer nos travaux.

2. Le présent document traite de certains points qui, à notre avis, méritent un examen plus approfondi de la part du Groupe de travail V. Les propositions qu'il contient visent notamment à mieux définir le terme "procédure collective" et la base factuelle qui permet de déterminer ce qui constitue le centre des intérêts principaux, et à étoffer les annotations afin d'actualiser et de compléter le Guide pour l'incorporation.

### I. Procédure collective

3. La Loi type prévoit qu'un représentant étranger reconnu dans une procédure étrangère est reconnu dans d'autres pays sans grande difficulté, sous réserve qu'il satisfasse aux dispositions législatives nécessaires pour obtenir la reconnaissance. Ainsi, le représentant étranger, après avoir été reconnu dans une procédure étrangère principale, peut avoir le contrôle des biens, mettre fin à des actions, obtenir des informations et avoir recours à diverses autres mesures. Dans une procédure étrangère non principale, le représentant étranger peut être reconnu et le tribunal de l'État adoptant aura toute latitude pour accorder des mesures. Ces pouvoirs ne devraient être conférés à aucune autre personne que le représentant étranger d'une procédure d'insolvabilité étrangère. Cela permet de traiter les procédures légitimes et d'exclure toute procédure qui ne répond pas aux critères de qualification énoncés dans la Loi type. Il importe de définir précisément ces éléments afin d'aider les personnes chargées de déterminer si une procédure peut être reconnue et donner lieu à des mesures.

4. Condition essentielle, la procédure en question doit être une "procédure collective". La Loi type proprement dite ne définit pas ce qu'est une procédure collective. Les tribunaux qui ont tenté d'interpréter cette expression ont eu quelques difficultés à formuler une règle claire et prévisible. Ils ont notamment consulté le Guide pour l'incorporation pour essayer de comprendre comment il convenait d'interpréter différentes formules de la Loi type. Par conséquent, il est nécessaire d'ajouter dans le Guide pour l'incorporation une définition de ce qu'est une "procédure collective" afin d'apporter plus de clarté et de transparence et d'aider les tribunaux à aborder cette question.

5. Les procédures collectives se distinguent des procédures de liquidation ordinaires souvent utilisées pour mettre fin à la "vie" d'une entité juridique en

dehors du contexte de l'insolvabilité. Les créanciers ne participent généralement pas à ce type de procédures, même s'ils peuvent en fin de compte percevoir des paiements au titre de la répartition. Ces procédures peuvent, en vertu de certaines lois, devenir collectives suite à l'insolvabilité, raison pour laquelle les créanciers doivent avoir la possibilité de participer de façon significative.

6. Les procédures collectives se distinguent également des procédures qui visent essentiellement à prendre certaines mesures, telles que la mise sous administration judiciaire qui est principalement décidée dans l'intérêt d'un certain groupe de créanciers (et dans le but d'obtenir des paiements). Certaines procédures de mise sous administration judiciaire peuvent être de nature suffisamment collective pour constituer une procédure collective (ce qui permet à l'ensemble des créanciers de participer activement à la liquidation ou au redressement du débiteur ainsi que de déclarer leurs créances et d'obtenir leur remboursement).

7. **Si les créanciers sont autorisés à déclarer des créances, s'ils peuvent contribuer à la manière dont les actifs sont administrés et recevoir des paiements proportionnels au montant des actifs administrés, la procédure répond alors aux critères d'une procédure collective. Le mot "collectif" suppose, d'une part, l'examen et finalement le règlement des créances des différents types de créanciers et, d'autre part, la possibilité pour les créanciers de participer à la procédure étrangère.**

8. Compte tenu de ce qui précède, notre délégation recommande que le Guide pour l'incorporation définisse le terme "procédure collective" comme suit:

Aux fins de la Loi type, une procédure collective est une procédure dans laquelle:

a) Tous les créanciers ont le droit (mais pas nécessairement l'obligation) de déclarer des créances, dans la perspective d'obtenir un remboursement proportionnel au montant de leurs créances, sous réserve du respect des rangs de priorité prévues par la législation interne;

b) Tous les créanciers ont le droit de participer de manière significative à l'administration des actifs;

c) Tous les créanciers sont notifiés suffisamment longtemps à l'avance afin de pouvoir exercer leurs droits; et

d) Tous les actifs et passifs du débiteur sont traités dans le cadre de la procédure, sous réserve des rangs de priorité et des exclusions concernant les droits des créanciers garantis établis par la législation interne.

## II. Éléments factuels pour déterminer le centre des intérêts principaux

9. La Loi type ne définit pas la notion de "centre des intérêts principaux." Cette notion est essentielle pour appliquer la Loi type, afin de déterminer le lieu de la procédure d'insolvabilité principale. Comme il est indiqué dans le Guide pour l'incorporation, la procédure principale est le point central de coordination de toutes les autres procédures en instance dans d'autres pays, sous réserve des mesures de protection prévues dans la législation interne. Une procédure qui n'a pas lieu dans le pays où se trouve le centre des intérêts principaux du débiteur ne devrait pas avoir

préséance, car les liens du débiteur avec ce pays (et son régime de l'insolvabilité) sont moins forts.

10. La Loi type prévoit un processus beaucoup plus simple et plus rationnel que celui qui est souvent suivi pour la reconnaissance internationale d'autres types de décisions et de procédures judiciaires. En outre, elle établit une présomption réfragable selon laquelle le centre des intérêts principaux d'un débiteur se trouve dans le pays où se situe son siège statutaire. L'hypothèse est que le pays d'immatriculation est également le lieu où se trouve le siège social du débiteur ainsi que son lieu d'activité principal. Dans la grande majorité des cas, ces deux hypothèses sont à la fois vérifiées et pertinentes.

11. Dans certains cas, le pays d'immatriculation du débiteur ne correspond pas à son centre des intérêts principaux. Le débiteur peut, par exemple, être immatriculé dans un pays, mais n'entretenir aucun lien notable avec lui sauf pour l'immatriculation, ou il peut avoir choisi son lieu d'immatriculation pour d'autres raisons qui n'ont guère de rapport avec son activité réelle. Dans ces circonstances, le tribunal de l'État adoptant devra peut-être tenir compte d'autres facteurs pour déterminer si une procédure particulière doit avoir lieu dans l'État où se trouve effectivement le centre des intérêts principaux du débiteur. Si ce n'est pas le cas, le tribunal de l'État adoptant peut alors octroyer des mesures plus restreintes dans le cadre de la procédure ou (si aucun établissement ne se trouve dans cet État) n'en octroyer aucune.

12. **En tout état de cause, le centre des intérêts principaux du débiteur doit être à la fois prévisible et transparent. En cas de doutes, le centre des intérêts principaux doit être déterminé au moyen d'un examen factuel. Les trois facteurs ci-après se sont révélés particulièrement pertinents pour déterminer le centre des intérêts principaux du débiteur qui doit être:**

**a) Un lieu que les créanciers peuvent facilement vérifier;**

**b) Le lieu où se trouvent les principaux actifs et les principales activités du débiteur; et**

**c) Le lieu où le débiteur gère ses affaires.**

13. Dans la plupart des cas, ces trois facteurs principaux permettront de conclure. Dans les autres cas, le tribunal peut tenir compte d'un certain nombre de facteurs supplémentaires, notamment le lieu où se trouvent les livres et les registres du débiteur; le lieu où le financement a été organisé ou autorisé; le lieu à partir duquel est administré le système de gestion de la trésorerie; le lieu où se trouve la principale banque du débiteur; le lieu où se trouvent les employés; le lieu où est définie la politique commerciale; le site du droit applicable ou du droit régissant les principaux marchés de la société; le lieu à partir duquel sont gérés les ventes et les achats, le personnel, la comptabilité et le système informatique; le lieu à partir duquel est piloté le redressement du débiteur; l'État dont la législation s'appliquera à la plupart des litiges; le lieu où le débiteur est soumis à une supervision ou à une réglementation; et le lieu dont la loi régit l'établissement et la vérification des comptes.

## III. Proposition pour compléter les annotations

14. L'objectif final est toutefois de parvenir à déterminer de manière vérifiable si la procédure a été ouverte dans un pays où se trouve réellement le centre des intérêts principaux du débiteur. Les trois premiers facteurs devraient être examinés en priorité et les autres seulement après, si les éléments de preuve concernant ces trois facteurs ne donnent pas de résultat concluant.

15. Le nombre de décisions qui interprètent et appliquent les diverses dispositions de la Loi type augmente. Si de nombreuses décisions sont accessibles par différents services privés de recherche, beaucoup d'entre elles ne le sont pas. En outre, pour une raison ou pour une autre, de nombreux juristes et praticiens de l'insolvabilité n'ont pas accès à ces services privés de recherche.

16. La délégation des États-Unis estime qu'une plus grande uniformité et une plus grande prévisibilité dans l'application de la Loi type seraient possibles si ses utilisateurs pouvaient accéder facilement aux décisions consignées dans un seul et même lieu administré par la CNUDCI elle-même. En conséquence, nous recommandons la création et la tenue d'un système d'annotations en ligne, afin de compléter le Guide pour l'incorporation. Les annotations devraient être classées, transparentes et d'un usage facile et renvoyer aux dispositions particulières de la Loi type visées par la décision en question. En outre, elles devraient contenir des hyperliens qui renvoient vers les décisions pertinentes.

17. Les annotations devraient être compatibles avec d'autres systèmes et publications de la CNUDCI, notamment le Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, et si possible être formatées de manière cohérente.

## IV. Conclusion

18. La délégation des États-Unis se félicite d'avoir l'occasion de présenter ces questions au Groupe de travail.

# IV. RÈGLEMENT DES LITIGES EN LIGNE

## A. Rapport du Groupe de travail III (Règlement des litiges en ligne) sur les travaux de sa vingt-quatrième session (Vienne, 14-18 novembre 2011) (A/CN.9/739)

**[Original: anglais]**

**TABLE DES MATIÈRES**


*Paragraphes*

I. Introduction . . . . . 1-5

II. Organisation de la session . . . . . 6-12

III. Délibérations et décisions . . . . . 13

IV. Résolution des litiges en ligne dans les opérations électroniques internationales: projet de règlement de procédure . . . . . 14-150

A. Remarques générales (A/CN.9/WG.III/WP.109, par. 5 et 6) . . . . . 14-15

B. Notes sur le projet de règlement de procédure (A/CN.9/WG.III/WP.109, par. 5 à 86. . . . . 16-150

1. Dispositions préliminaires (A/CN.9/WG.III/WP.109, préambule, projets d'articles 1 à 3) . . . . . 16-58

2. Ouverture de la procédure (A/CN.9/WG.III/WP.109, projet d'article 4) . 59-93

3. Négociation (A/CN.9/WG.III/WP.109, projet d'article 5). . . . . 94-110

4. Tiers neutre (A/CN.9/WG.III/WP.109, projets d'articles 6 et 7). . . . . 111-128

5. Médiation et arbitrage (A/CN.9/WG.III/WP.109, projets d'articles 8 et 9) . . . . . 129-142

6. Autres dispositions (A/CN.9/WG.III/WP.109, projets d'articles 10 à 13) 143-150

V. Travaux futurs . . . . . 151


---

# I. Introduction

1. À sa quarante-troisième session (New York, 21 juin-9 juillet 2010), la Commission était convenue de créer un groupe de travail chargé d'entreprendre des travaux sur la question du règlement des litiges en ligne dans les opérations internationales de commerce électronique, notamment les opérations entre entreprises et les opérations entre entreprises et consommateurs[1]. Il était également

---

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), par. 257.

convenu que la forme de la norme juridique à élaborer serait arrêtée une fois que la question aurait été examinée plus avant.

2. À sa quarante-quatrième session (Vienne, 27 juin-8 juillet 2011), la Commission avait pris note d'un point soulevé selon lequel, étant donné que le règlement des litiges en ligne était un sujet relativement nouveau pour la CNUDCI et qu'il portait au moins en partie sur des opérations faisant intervenir des consommateurs, le Groupe de travail devait être prudent lors de ses délibérations et garder à l'esprit que la Commission avait demandé à sa quarante-troisième session que ses travaux soient soigneusement définis afin de ne pas porter atteinte aux droits des consommateurs[2]. Par ailleurs, l'avis avait été exprimé que le Groupe de travail ne devait pas perdre de vue la nécessité de mener ses travaux le plus efficacement possible, ce qui supposait qu'il hiérarchise ses tâches et se fixe un délai réaliste pour l'achèvement de ces travaux.

3. À cette même session, la Commission avait confirmé que le mandat du Groupe de travail III portait sur le règlement en ligne des litiges relatifs aux opérations électroniques internationales, entre entreprises et entre entreprises et consommateurs. Elle avait décidé que le Groupe de travail devait être libre de considérer que ce mandat recouvrait également les opérations entre consommateurs et d'élaborer si nécessaire des règles éventuelles régissant les relations entre eux, mais qu'il devait être particulièrement attentif à la nécessité de ne pas évincer les législations visant leur protection. Elle avait également décidé que, d'une manière générale, le Groupe de travail devrait aussi, dans l'exécution de son mandat, examiner avec précision l'impact de ses délibérations sur la protection du consommateur et lui en rendre compte lors de sa prochaine session.

4. À ses vingt-deuxième (Vienne, 13-17 décembre 2010) et vingt-troisième (New York, 23-27 mai 2011) sessions, le Groupe de travail avait commencé ses travaux concernant l'élaboration de normes juridiques, en particulier d'un règlement de procédure, sur la résolution des litiges en ligne dans les opérations internationales de commerce électronique.

5. On trouvera dans le document A/CN.9/WG.III/WP.108, aux paragraphes 5 à 14, un historique actualisé de l'examen par la Commission des travaux du Groupe de travail.

# II. Organisation de la session

6. Le Groupe de travail III (Règlement des litiges en ligne), composé de tous les États membres de la Commission, a tenu sa vingt-quatrième session à Vienne, du 14 au 18 novembre 2011. Ont assisté à cette session les représentants des États membres suivants: Allemagne, Autriche, Bolivie, Canada, Chine, Colombie, Égypte, El Salvador, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Inde, Israël, Italie, Japon, Jordanie, Kenya, Malaisie, Mexique, Nigéria, Philippines, Pologne, République de Corée, République tchèque, Singapour, Thaïlande, Turquie, Ukraine et Venezuela (République bolivarienne du).

---

[2] Ibid., *soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), par. 256; et ibid., *soixante-sixième session, Supplément n° 17* (A/66/17), par. 215.

7. Ont également assisté à la session des observateurs des États suivants: Angola, Croatie, Danemark, Finlande, Hongrie, Indonésie, Pays-Bas, République arabe syrienne, République dominicaine, Roumanie, Slovaquie et Soudan.

8. Ont également assisté à la session des observateurs de l'Union européenne.

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

a) *Organisations intergouvernementales*: Banque islamique de développement, Secretaría de Integración Económica Centroamericana (Sieca);

b) *Organisations non gouvernementales internationales*: Association européenne des étudiants en droit (ELSA), Association of the Bar of the State of New York (NYSBA), Center for International Legal Education (CILE), Centre de recherche en droit public (CRPD), Centre international d'arbitrage de la Chambre fédérale d'économie de l'Autriche (VIAC), Chartered Institute of Arbitrators (CIARB), Construction Industry Arbitration Council (CIAC), Institut de droit commercial (Penn State Dickinson School of Law), Institut de droit et de technologie (Université Masaryk), Internet Bar Organization (IBO), Latin American E-Commerce Institute (ILCE), Moot Alumni Association (MAA), Résolution électronique des conflits pour les consommateurs (ECODIR).

10. Le Groupe de travail a élu le Bureau suivant:

*Président*: M. Soo-geun OH (République de Corée)

*Rapporteur*: M. Walid Nabil TAHA (Égypte)

11. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants:

a) Ordre du jour provisoire annoté (A/CN.9/WG.III/WP.108);

b) Note du Secrétariat sur la résolution des litiges en ligne dans les opérations internationales de commerce électronique: projet de règlement de procédure (A/CN.9/WG.III/WP.109); et

c) Note du Secrétariat sur le règlement des litiges en ligne dans les opérations internationales de commerce électronique: questions à examiner en concevant un cadre mondial pour le règlement des litiges en ligne (A/CN.9/WG.III/WP.110).

12. Le Groupe de travail a adopté l'ordre du jour suivant:

1. Ouverture de la session.
2. Élection du Bureau.
3. Adoption de l'ordre du jour.
4. Examen du projet de règlement de procédure sur la résolution des litiges en ligne dans les opérations internationales de commerce électronique.
5. Questions diverses.
6. Adoption du rapport.

# III. Délibérations et décisions

13. Le Groupe de travail a procédé à l'examen du projet de règlement de procédure sur la résolution des litiges en ligne dans les opérations internationales de commerce électronique en se fondant sur les documents A/CN.9/WG.III/WP.109 et A/CN.9/WG.III/WP.110. Il est rendu compte ci-après de ses délibérations et décisions sur le sujet.

# IV. Résolution des litiges en ligne dans les opérations électroniques internationales: projet de règlement de procédure

## A. Remarques générales (A/CN.9/WG.III/WP.109, par. 5 et 6)

14. Pour commencer, il a été noté que les travaux sur le Règlement de procédure pour la résolution des litiges en ligne ne constituaient pas un processus autonome et que la conception d'une partie du cadre dans lequel s'inscrivait la résolution des litiges en ligne nécessitait la prise en compte des autres parties puisque celles-ci étaient toutes interdépendantes et devaient fonctionner ensemble. À cet égard, le Groupe de travail a rappelé sa décision de commencer par l'élaboration d'un projet de règlement de procédure générique pour la résolution des litiges en ligne (A/CN.9/716, par. 115) et d'aborder ensuite d'autres questions qui pourraient influer sur la forme définitive du Règlement de procédure pour la résolution des litiges en ligne ("le Règlement"), comme la question du droit applicable et celle de l'exécution des sentences. Plusieurs délégations ont exprimé l'avis que le règlement de procédure générique pour la résolution des litiges en ligne pourrait être adopté à titre provisoire à la prochaine session de la Commission.

15. Le Groupe de travail a rappelé la décision de la Commission selon laquelle il devait être libre d'interpréter son mandat comme englobant les opérations entre consommateurs et d'élaborer, si nécessaire, des règles éventuelles régissant les relations entre eux, mais qu'il devait être particulièrement attentif à la nécessité de ne pas évincer les législations visant leur protection[3]. Il a noté qu'il était chargé d'examiner spécifiquement l'incidence de ses délibérations sur la protection du consommateur et de faire rapport à la Commission à sa prochaine session.

---

[3] Ibid., *soixante-sixième session, Supplément n° 17* (A/66/17), par. 218.

## B. Notes sur le projet de règlement de procédure (A/CN.9/WG.III/WP.109, par. 5 à 86)

### 1. Dispositions préliminaires (A/CN.9/WG.III/WP.109, préambule, projets d'articles 1 à 3)

**Préambule**

*Paragraphe 1*

16. Le Groupe de travail s'est demandé si l'expression "faibles montants" devrait être définie. Il a été suggéré d'inclure, dans les documents qui compléteraient le Règlement, des lignes directrices sur la manière dont cette expression pourrait être définie ou une valeur monétaire spécifique qui pourrait se situer entre 1 500 et 5 000 euros. À cet égard, on s'est inquiété du caractère subjectif de l'expression "faibles montants" qui dépendait de facteurs tels que l'inflation, les taux de change et les différences régionales aux niveaux économique et commercial. En outre, on a mentionné que le Règlement ou tout autre document supplémentaire ne devrait pas comporter une valeur monétaire prédéterminée, car celle-ci pourrait devenir obsolète et nécessiter une révision, ce qui serait difficile. Il a également été noté que la valeur monétaire d'un litige pourrait augmenter au cours de la procédure de résolution et, de ce fait, excéder le plafond fixé. En réponse à ces propositions, il a été souligné que, compte tenu de l'expérience de "Concilia.net", les parties se limitaient le plus souvent à présenter des demandes pour des montants généralement inférieurs à 2 000 euros. À l'issue de la discussion, il a été convenu que l'expression "faibles montants" ne devrait pas être définie dans le Règlement mais devrait être traitée dans un commentaire ou dans un autre document supplémentaire pour illustrer par un ou plusieurs exemples des cas portant sur de faibles montants.

17. Il a été convenu de supprimer le membre de phrase "*entièrement ou partiellement*" dans le projet de préambule et de l'insérer ailleurs dans le Règlement.

18. Il a été suggéré que les types de litiges exclus du champ d'application, tels que les lésions corporelles, les dommages indirects et le recouvrement de créances, soient indiqués non pas dans le projet de préambule mais dans un document supplémentaire.

19. Selon une autre suggestion, il fallait préciser dans le projet de préambule que le Règlement était destiné à s'appliquer aux litiges relatifs à "la vente de marchandises et à la prestation de services".

20. S'agissant de la définition du terme "internationales", le Groupe de travail a rappelé que la Commission lui avait donné pour mandat d'entreprendre des travaux sur la résolution des litiges en ligne dans les opérations internationales de commerce électronique et à cet égard il a évoqué ses précédentes délibérations (A/CN.9/721, par. 27 à 30). À l'issue de la discussion, il a été convenu que le Règlement ne contiendrait pas de définition du terme "internationales".

*Paragraphe 2*

21. Le Groupe de travail s'est demandé si les documents complémentaires devraient être joints en annexe au Règlement ou se présenter comme des documents

distincts (A/CN.9/721, par. 53). À l'issue d'un échange de vues, il a été convenu de supprimer les crochets encadrant le membre de phrase "*qui figurent ci-après en annexe et qui font partie intégrante du Règlement*" et de passer aux délibérations sur la teneur des documents énumérés dans le paragraphe 2. Il a été dit que la liste des documents n'était pas exhaustive et que des documents supplémentaires pourraient y être ajoutés.

22. Le Groupe de travail est convenu d'insérer les mots "*et exigences minimales*" entre les mots "*Guide*" et "*à l'intention des*" dans l'alinéa a).

23. En outre, il a été convenu de supprimer l'alinéa b) au motif que les prestataires de services de résolution des litiges en ligne seraient à même d'élaborer leurs propres règles supplémentaires pour autant qu'elles soient compatibles avec le Règlement.

*Paragraphe 3*

24. Dans la version anglaise, il a été proposé de modifier le paragraphe comme suit: "*Any separate and supplemental [rules] [documents] must conform to the Rules*."

**Projet d'article premier (Champ d'application)**

25. On a fait valoir que les mots "clairement et dûment avisés" devraient être définis de manière plus précise (A/CN.9/721, par. 57) et il a été proposé de modifier le projet d'article comme suit: "*Lorsque les parties sont convenues, dans les conditions de la résolution des litiges en ligne ou avant la naissance du litige, de résoudre leur litige conformément au présent Règlement, ce dernier ne s'applique que si [l'acheteur] [la partie] a été clairement et dûment avisé[e] de la convention d'arbitrage. L'avis doit prévoir le consentement de [l'acheteur] [la partie] au processus de résolution des litiges en ligne et au Règlement indépendamment de l'opération commerciale électronique sous-jacente (par exemple, par un clic OK distinct permettant de donner ce consentement) pour faire en sorte que [l'acheteur] [la partie] accepte en connaissance de cause que le litige soit arbitré en vertu du Règlement.*"

26. Il a en outre été proposé d'inclure un nouveau paragraphe dans le projet d'article premier libellé comme suit: "*Pour pouvoir utiliser le Règlement, le vendeur doit indiquer ses coordonnées.*" (A/CN.9/721, par. 58).

27. Ces propositions ont suscité des discussions au sujet de l'effet que pourraient produire, dans différents pays, les conventions d'arbitrage conclues avant la survenue du litige par des consommateurs, et au sujet également de l'exécution de sentences impliquant des consommateurs de manière générale.

28. Les avis suivants ont été exprimés: dans certains pays, en raison des réglementations et de la politique publique, les conventions de ce type ne liaient pas les consommateurs; par contre, c'était le cas dans de nombreux pays; l'intention du Groupe de travail était de créer une voie de droit, qui n'existait pas jusque-là, à l'intention des consommateurs; les mécanismes traditionnels de règlement des litiges étaient trop coûteux et trop fastidieux pour des différends portant sur de faibles montants; l'article II de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958 ("Convention de New York") exigeait

que les États parties reconnaissent de telles conventions; l'application dudit article II dépendait de ce qui pouvait faire l'objet d'un arbitrage; une loi permettant à un consommateur d'exercer d'autres formes de recours, nonobstant une telle convention, ne serait peut-être pas applicable dans l'État du vendeur; l'inclusion, dans le projet d'article premier, du passage entre crochets risquait de décourager les vendeurs d'utiliser le Règlement.

29. À l'issue de la discussion, il a été estimé que les questions soulevées, qui étaient importantes, devaient faire l'objet de consultations supplémentaires avant d'être examinées plus avant à une session future. Il a été convenu que le texte entre crochets dans le projet d'article premier ainsi que les deux dispositions proposées ci-avant resteraient entre crochets en attendant la suite des délibérations. Il a été suggéré d'aborder la question du champ d'application de la convention d'arbitrage dans ce contexte et il a été estimé que le Secrétariat pourrait proposer différentes options pour les dispositions y relatives, qui couvriraient l'ensemble ou une partie des étapes de la procédure.

**Projet d'article 2 (Définitions)**

*Paragraphe 1 "demandeur"*

30. S'agissant de la question de savoir si le demandeur pouvait être soit l'acheteur soit le vendeur, il a été indiqué que le Règlement devrait s'appliquer aux opérations entre entreprises et aux opérations entre entreprises et consommateurs, ce qui permettrait aux deux parties à l'opération d'engager un recours. Après un échange de vues, il a été décidé de conserver le libellé actuel.

*Paragraphe 2 "communication"*

31. Le Groupe de travail a décidé de conserver le libellé actuel de ce paragraphe.

*Paragraphe 3 "communication électronique"*

32. Le Groupe de travail est convenu que l'option 1, "communication électronique", constituait une définition plus générale, conforme aux textes de la CNUDCI sur le commerce électronique. Il a été dit également que le concept de communication numérisée était important, compte tenu des progrès technologiques, et il a été convenu que la définition du terme "communication électronique" devrait être élargie de manière à inclure des éléments de l'option 2 "communication numérisée".

33. Le Groupe de travail est convenu de supprimer les mots "*le télégramme, le télex*" et de conserver sans crochets les mots "*les services de minimessages (SMS), les conférences Web, les 'chats' (dialogue en ligne), les forums Internet ou le microblogage*".

*Paragraphes 4 "tiers neutre" et 5 "défendeur"*

34. Le Groupe de travail a accepté en l'état les définitions figurant aux paragraphes 4 ("tiers neutre") et 5 ("défendeur") de l'article 2.

*Paragraphe 6 "résolution des litiges en ligne"*

35. En ce qui concerne la définition du terme "résolution des litiges en ligne", il a été décidé après discussion que la disposition se lirait comme suit: "*6. Le terme 'résolution des litiges en ligne' désigne un système permettant la résolution des litiges sur une plate-forme informatisée, facilitée par des communications électroniques et d'autres technologies de l'information.*"

*Paragraphe 7 "plate-forme de résolution des litiges en ligne"*

36. À l'issue d'une discussion, il a été convenu que la définition du terme "plate-forme de résolution des litiges en ligne" se lirait comme suit: "*7. Le terme 'plate-forme de résolution des litiges en ligne' désigne un ou plusieurs systèmes utilisés pour créer, transmettre, recevoir, conserver, échanger ou traiter de toute autre manière des communications électroniques utilisées dans la résolution des litiges en ligne.*"

37. Il a été convenu en outre que les considérations exprimées aux paragraphes 26 et 27 du document A/CN.9/WG.III/WP.109 concernant la définition du terme "plate-forme de résolution des litiges en ligne" avaient été prises en compte par le nouveau libellé adopté pour le projet d'article 2-7.

*Paragraphe 8 "administrateur de procédures en ligne"*

38. Il a été proposé de modifier la définition du terme "administrateur de procédures en ligne", notamment en remplaçant le mot "*et*" par le mot "*ou*" dans le membre de phrase "qui administre des procédures de résolution des litiges en ligne et met à la disposition des parties une plate-forme en ligne". L'examen de ces propositions se ferait après les délibérations concernant le projet d'article 3-1 sur les communications, étant donné que la définition du prestataire de services de résolution des litiges en ligne pourrait changer en fonction de la phase de la procédure à laquelle le Règlement envisagerait sa première intervention.

39. Il a été décidé de conserver les mots [*communications électroniques*] et de supprimer les mots [*communications numérisées*].

40. La préoccupation a été exprimée que les définitions des termes "administrateur de procédures en ligne" et "plate-forme de résolution des litiges en ligne" devraient exprimer clairement la différence entre les obligations que le Règlement mettait à leur charge. Il a été fait observer que le terme "administrateur de procédures en ligne" couvrait les rôles de prestataire de services de résolution des litiges en ligne et de fournisseur de plate-forme de résolution des litiges en ligne. Il a été proposé que ces rôles soient définis séparément.

**Projet d'article 3 (Communications)**

*Paragraphe 1*

41. Le Groupe de travail a examiné une proposition tendant à modifier le projet d'article 3-1 en y ajoutant une seconde phrase rédigée comme suit: "*Le cas échéant, lorsque aucun administrateur de procédures en ligne n'a encore été choisi, toutes les communications sont adressées de la manière et à l'adresse indiquées dans l'accord conclu entre les parties.*" Il a été dit que cette proposition visait la situation où un administrateur de procédures en ligne n'avait pas encore été sollicité, aucune

notification n'ayant encore été communiquée en application du projet d'article 4, mais où les parties souhaitaient recourir à une plate-forme de résolution des litiges en ligne pour faciliter leurs négociations.

42. Il a été répondu qu'il était difficile d'envisager une situation où les parties souhaiteraient avoir recours à une plate-forme de résolution des litiges en ligne avant de choisir un administrateur de procédures en ligne; qu'il faudrait dès le début choisir l'administrateur, le solliciter et porter à sa connaissance l'ensemble des communications entre les parties pour qu'il puisse au mieux administrer le processus; que son intervention dès le début permettrait de mettre à la disposition des parties toute fonction de traduction nécessaire et empêcherait des comportements irréguliers de leur part, tels que le fait de nier avoir reçu une communication de l'autre partie.

43. Il a été souligné que la question du moment de la prise d'effet du Règlement restait ouverte. Il a été dit que si le Règlement ne s'appliquait pas avant la communication de la notification visée au projet d'article 4, la phase des négociations entre les parties serait laissée en dehors du champ d'application du Règlement. Se poserait alors la question de savoir si la teneur des négociations menées "sans préjudice" par les parties pouvait être révélée au tiers neutre nommé ultérieurement pour traiter le différend.

44. Pour résoudre cette question, il a été suggéré de retirer la proposition de modification du projet d'article 3-1 et, compte tenu de la discussion sur le projet d'article 2-8, de modifier celui-ci en remplaçant le mot "*et*" par "*ou*" dans le membre de phrase "qui administre des procédures de résolution des litiges en ligne et met à la disposition des parties une plate-forme en ligne". Se posait alors la question de savoir si la définition de l'expression "administrateur de procédures en ligne" devait inclure l'opérateur de plate-forme de résolution des litiges en ligne.

45. Il a aussi été proposé d'inclure dans le Règlement deux nouvelles définitions, celle du "fournisseur de plate-forme de résolution des litiges en ligne" et celle du "prestataire de services de résolution des litiges en ligne", la première s'appliquant à la phase où les parties recourent à la plate-forme de résolution des litiges en ligne pour négocier et la seconde désignant un prestataire administrant la procédure, que ce soit sur sa propre plate-forme ou sur une autre plate-forme. À l'appui de cette proposition, il a été dit qu'il y avait des cas où les parties pourraient recourir à une plate-forme sans pour autant avoir besoin des services d'un prestataire pour résoudre leur litige. On a cité l'exemple de eBay.

46. D'autres propositions ont été faites:

a) Modifier la définition de l'administrateur de procédures en ligne comme suit: "*Le terme 'administrateur de procédures en ligne' désigne une entité qui administre une procédure de résolution en ligne ou met à la disposition des parties une plate-forme en ligne, ou les deux, afin que celles-ci résolvent leur litige conformément au Règlement*";

b) Conserver le libellé actuel, jugé suffisamment général pour recouvrir différents types de processus de résolution des litiges en ligne et leurs combinaisons. On a fait observer que le libellé actuel tenait compte d'une phase de négociations contrôlée par l'administrateur de procédures de résolution des litiges

en ligne, au cours de laquelle celui-ci conserverait la trace des communications échangées par les parties, les encourageant ainsi à s'entendre.

47. Il a été noté que la définition de l'administrateur de procédures de résolution des litiges en ligne devrait être souple, simple et claire. Il a en outre été noté que pour éviter toute confusion, le Groupe de travail devrait garder à l'esprit l'incidence que toute modification de la définition de cette expression aurait sur son utilisation, puisqu'elle apparaissait ensuite dans le Règlement.

48. À l'issue de la discussion, il a été convenu de mettre entre crochets le paragraphe 8 du projet d'article 2.

49. Il a en outre été proposé de modifier le paragraphe comme suit: "*Toutes les communications au cours de la procédure de résolution des litiges en ligne sont transmises par voie électronique à l'administrateur de procédures en ligne ou par l'intermédiaire de la plate-forme de résolution des litiges en ligne, en vue d'une retransmission à l'administrateur de procédures en ligne*".

50. À l'issue de la discussion, il a été convenu de conserver le paragraphe 1 du projet d'article 3.

*Paragraphes 2 et 3*

51. Il a été convenu de supprimer les mots "*ou à la plate-forme de résolution des litiges en ligne*" dans les deux paragraphes 2 et 3.

*Paragraphe 4*

52. Il a été proposé de modifier le texte actuel de sorte qu'il se lise comme suit: "*Le moment de la réception d'une communication électronique aux termes du Règlement est celui où l'administrateur de procédures en ligne envoie la communication au destinataire visé ou notifie à celui-ci qu'il peut la relever sur la plate-forme de résolution des litiges en ligne.*" Il a été proposé en outre d'ajouter à la fin de la phrase les mots "*selon ce qui se produit en dernier*" afin d'introduire de la souplesse.

53. Une autre proposition était de retenir le libellé actuel, qui avait le mérite d'être clair et conforme à celui de l'article 10 de la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux ("Convention sur les communications électroniques"). Il a été répondu que la Convention s'appliquait aux entreprises alors que le champ d'application du Règlement incluait les litiges entre entreprises et entre entreprises et consommateurs.

54. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu de conserver le paragraphe 4 et de l'étudier à nouveau à une prochaine session.

*Paragraphe 5*

55. Il a été proposé d'inclure le paragraphe 5 dans les exigences minimales applicables aux administrateurs de procédures en ligne, dans le Guide à leur intention ou dans tout autre document accompagnant le Règlement. À l'issue de la discussion, il a été convenu de maintenir le libellé actuel dans le Règlement.

*Paragraphe 6*

56. Il a été proposé d'insérer les mots "*sans délai*" après le mot "*notifie*".

57. Il a été mentionné que les lignes directrices et les normes minimales pour les prestataires de services de résolution des litiges en ligne ou tout autre document venant compléter le Règlement pourraient notamment porter sur les questions suivantes: fonction automatique pour confirmer la réception des communications électroniques; capacité de la plate-forme de résolution des litiges en ligne de recevoir de nombreuses communications électroniques; délai requis pour recevoir et afficher ces communications électroniques; et interruption des communications électroniques échappant au contrôle des parties.

58. À l'issue du débat, il a été convenu de placer les mots "*sans délai*" entre crochets.

## 2. Ouverture de la procédure (A/CN.9/WG.III/WP.109, projet d'article 4)

### Projet d'article 4 (Ouverture de la procédure)

*Paragraphe 1*

59. Il a été proposé de supprimer les mots "*dans la mesure du possible*" et d'insérer à la fin du paragraphe la phrase suivante: "*En l'absence de preuve, il faudrait alors, conformément à l'annexe A, joindre des explications détaillées.*"

60. Selon une autre proposition, il fallait retenir le libellé actuel, car il offrait une certaine souplesse et n'obligeait pas les parties à présenter toutes les preuves; il avait plutôt pour objet de donner des orientations.

61. On a estimé que l'obligation de notification mentionnée à l'annexe A n'était pas nécessaire au stade de la négociation et qu'une telle obligation n'avait de sens qu'au stade de la médiation et de l'arbitrage. On a en outre estimé qu'il faudrait simplifier l'annexe A et exiger uniquement la communication des informations essentielles propres à faciliter la négociation entre les parties.

62. À l'issue du débat, il a été convenu de conserver le paragraphe 1.

*Paragraphe 2*

63. Il a été convenu que l'usage des mots "*rapidement*" et "*sans délai*" serait harmonisé dans l'ensemble du Règlement.

*Paragraphe 3*

64. Il a été convenu de porter le délai fixé pour la communication de la réponse à sept jours calendaires. Il a en outre été convenu de conserver le mot "calendaires". Le Groupe de travail a demandé au Secrétariat d'examiner la définition du terme "jours calendaires" dans un souci de cohérence avec d'autres textes de la CNUDCI.

*Paragraphe 4*

65. Le Groupe de travail a examiné les deux variantes entre crochets proposées dans ce paragraphe. Après un échange de vues, il a été convenu de supprimer les crochets encadrant la première variante "*l'administrateur sur la plate-forme de*

*résolution des litiges en ligne*" et de la conserver, et de supprimer les mots "*le défendeur*".

*Annexe A*

*Alinéas a) à d) de l'annexe A*

66. Il a été convenu de conserver ces alinéas.

*Alinéa e) de l'annexe A*

67. Il a été convenu de supprimer les crochets encadrant le membre de phrase à la fin de l'alinéa e).

*Alinéa f) de l'annexe A*

68. Pour ce qui était de l'alinéa f), il a été suggéré de supprimer l'option 2 et d'élaborer un nouveau paragraphe regroupant les éléments des options 1 et 3, qui se lirait comme suit: "*La déclaration du demandeur portant accord à sa participation à la procédure de résolution du litige en ligne ou, le cas échéant, la déclaration portant accord par les parties de recourir à la procédure de résolution du litige en ligne en cas de survenance d'un litige entre eux.*"

69. En réponse à cette proposition, on a fait valoir les points suivants pour ce qui était de la nécessité d'inclure une phase de négociation dans la procédure de résolution des litiges en ligne: la phase de négociation jouait un rôle essentiel dans le processus de résolution des litiges en ligne, car elle assurait la mise en contact des parties et ce à peu de frais; de nombreux systèmes efficaces de résolution des litiges en ligne comprenaient une phase de négociation obligatoire; cette phase permettait de faire un "tri" et de résoudre de nombreuses affaires, ce qui réduisait sensiblement le nombre d'affaires devant passer à l'étape de la médiation ou de la décision par un tiers neutre; le maintien de cette phase était favorable à la négociation, car s'il arrivait souvent que des commerçants ne tiennent pas compte des messages électroniques envoyés par des acheteurs, ils étaient plus susceptibles de réagir à un message provenant d'un prestataire de services de résolution des litiges en ligne ou transmis par lui leur indiquant l'existence d'une plainte émanant d'un acheteur ou d'un litige avec un acheteur; il ne faudrait pas donner aux parties la possibilité d'exclure ou de contourner la phase de négociation; si on laissait aux parties cette liberté de choix, il faudrait prévoir des règles déterminant quelle partie pouvait effectuer ce choix et à quel moment, et si un prestataire de services de résolution des litiges en ligne pouvait tenir compte d'un tel choix, ce qui compliquerait inutilement le processus.

70. Les avis suivants ont également été exprimés: les parties devaient avoir la possibilité d'éviter la phase de négociation et de passer directement à d'autres étapes pour économiser du temps et de l'argent; cette étape était superflue pour des parties qui avaient déjà tenté, en vain, de négocier un règlement; dans certains pays, les conventions d'arbitrage conclues avant la survenue du différend ne liaient pas les consommateurs, si bien que la disposition, telle qu'elle était formulée, n'y serait pas acceptable.

71. Pour ce qui était de repérer le "point d'accès" au système, dont on a souligné l'importance, on a proposé que la phase de négociation soit présumée s'appliquer, à

moins qu'une partie ne puisse montrer que des tentatives de négociation entre les parties avaient été menées de bonne foi et avaient échoué, auquel cas elle pourrait choisir de passer à une étape ultérieure de la résolution des litiges en ligne.

72. À l'issue de la discussion, il a été décidé de supprimer l'option 2 et de regrouper les options 1 et 3, comme il avait été proposé, tout en plaçant entre crochets le membre de phrase "*ou, le cas échéant, la déclaration portant accord par les parties de recourir à la procédure de résolution du litige en ligne en cas de survenance d'un litige entre eux*". On a fait remarquer que, comme l'examen de cette question était lié au passage entre crochets figurant dans le projet d'article premier, qui se lisait "*sous réserve du droit des parties d'exercer d'autres formes de recours*", des discussions auraient lieu à ce sujet ultérieurement.

*Alinéa g) de l'annexe A*

73. L'alinéa g) a fait l'objet d'un long débat. On a indiqué qu'il visait à empêcher la multiplication des procédures et à assurer que la procédure de résolution des litiges en ligne était unique pour un litige donné; que cette exclusivité entre autres garantirait que les entreprises seraient encouragées à participer au processus, sachant qu'elles ne seraient pas l'objet d'autres procédures concernant le même sujet; que la résolution des litiges en ligne visait à fournir aux consommateurs une voie de recours – pour ce qui est des opérations internationales portant sur un faible montant – là où les tribunaux nationaux ne leur en offraient pas actuellement; que d'autres systèmes performants de résolution des litiges en ligne avaient une telle disposition; qu'étant donné que la résolution des litiges en ligne commençait avec l'accord des parties d'y participer, celles-ci avaient déjà indiqué leur consentement à être liées par ses résultats; que le principe d'exclusivité exprimé à l'alinéa g) était suffisamment important pour faire l'objet d'un article distinct dans le Règlement plutôt que d'une déclaration dans une annexe.

74. D'autres observations ont été faites concernant l'alinéa g), notamment qu'un demandeur devrait pouvoir recourir à la résolution des litiges en ligne même s'il avait engagé une procédure devant les tribunaux (afin par exemple de ne pas dépasser un délai de prescription), puisque celle-ci pouvait prendre du temps et que la résolution des litiges en ligne pourrait apporter une résolution plus rapide; que la procédure juridique devrait dans ce cas être suspendue pendant la procédure de résolution en ligne; qu'un consommateur ayant demandé la rétrofacturation pouvait devoir attendre que ce recours aboutisse et qu'entre-temps rien ne devrait l'empêcher de recourir à la résolution des litiges en ligne.

75. Il a été dit que le libellé actuel de l'alinéa g) pourrait empêcher un demandeur de recourir à la résolution des litiges en ligne s'il engageait devant les tribunaux une action concernant une question liée à l'opération en cause (telle que des dommages corporels causés par un produit) mais non recevable en vertu du Règlement, ce qui serait un effet involontaire préjudiciable de cette disposition.

76. À l'issue de la discussion, il a été convenu d'accepter une proposition de conserver le libellé actuel de l'alinéa g) en y ajoutant les mots "*du litige spécifique en relation à*" entre les mots "au sujet" et "l'opération", afin qu'il soit clair que l'exclusivité ne concernait que la demande faisant l'objet de la procédure de résolution des litiges en ligne.

*Alinéa h) de l'annexe A*

77. Il a été suggéré de supprimer l'alinéa h) considéré comme superflu au motif que le prestataire de services de règlement des litiges en ligne saurait déjà si le demandeur avait payé les frais d'enregistrement. Il a été convenu de supprimer ce paragraphe.

*Alinéa i) de l'annexe A*

78. L'examen de l'alinéa i) a porté sur le fait qu'il était nécessaire de vérifier le lieu de situation des parties pour s'assurer que l'opération en cause était bien internationale et relevait donc bien du Règlement.

79. Il a été dit que le terme "lieu de situation" pourrait prêter à confusion dans d'autres langues que l'anglais et que des expressions telles que "pays de résidence" (s'agissant des personnes) et "établissement" (par souci de conformité avec la terminologie de l'article 6 de la Convention sur les communications électroniques) pourraient être insérées dans cet alinéa pour en préciser le sens. Il a été répondu que le terme "lieu de situation" devait être employé dans un souci de cohérence avec les autres textes de la CNUDCI.

80. À l'issue de la discussion, il a été convenu de conserver l'alinéa i).

*Annexe B*

*Alinéa a) de l'annexe B*

81. Il a été proposé d'insérer au début du paragraphe le membre de phrase "*lorsque le défendeur est le vendeur*". À l'appui de cette proposition, il a été dit que des informations d'identification personnelle étaient déjà accessibles aux vendeurs effectifs au moment de l'opération et que la collecte de telles informations par un imposteur se faisant passer pour le vendeur pourrait exposer un acheteur à un risque de fraude et d'usurpation d'identité. En réponse, les préoccupations suivantes ont été exprimées: dans certaines opérations, il n'était pas demandé de communiquer de telles informations; l'identification des parties était essentielle à l'application du Règlement – par exemple, le tiers neutre devait connaître l'identité des parties pour pouvoir confirmer son impartialité et sa neutralité; et la signature du défendeur, visée à l'alinéa e) de l'annexe B, ne pourrait pas être vérifiée si l'identité du défendeur n'était pas communiquée.

82. Il a été également proposé de conserver le libellé actuel, puisque le champ d'application du Règlement ne se limitait pas à la relation entre l'acheteur et le vendeur et que le Règlement devrait tenir compte de différents types d'opérations dont certaines ne nécessiteraient pas de communiquer des informations d'identification personnelle. Il a été dit en outre que le libellé actuel tenait compte de situations où les parties avaient plus d'une adresse électronique et où la raison sociale d'une société était différente du nom sous lequel elle exerçait son activité.

83. À l'issue de la discussion, il a été convenu de conserver le paragraphe en l'état.

*Alinéas b) et c) de l'annexe B*

84. Le Groupe de travail est convenu de conserver ces alinéas.

*Alinéa d) de l'annexe B*

85. Il a été proposé de modifier l'alinéa comme suit: "*une déclaration selon laquelle le défendeur accepte ou, le cas échéant, a accepté (par exemple, dans une convention d'arbitrage conclue avant le litige), de participer à la procédure de résolution du litige en ligne*".

86. Compte tenu de la délibération concernant la disposition correspondante à l'alinéa f) de l'annexe A, il a été convenu de mettre entre crochets l'alinéa d) de l'annexe B.

*Alinéa e) de l'annexe B*

87. Comme à l'alinéa e) de l'annexe A, il a été convenu d'insérer à la fin de l'alinéa le membre de phrase suivant: "*y compris toutes autres méthodes d'identification et d'authentification*". En réponse à une suggestion selon laquelle les méthodes d'identification et d'authentification des procédures de résolution en ligne devraient s'inscrire en cohérence avec les travaux du Groupe de travail IV sur le commerce électronique, il a été noté que ce sujet pourrait être examiné ultérieurement. Il a été convenu de modifier l'ordre des points des annexes A et B de sorte que les dispositions sur la signature viennent en dernier.

*Alinéa f) de l'annexe B*

88. Comme à l'alinéa g) de l'annexe A et compte tenu des préoccupations exprimées (voir par. 73 à 76 ci-dessus), il a été convenu d'accepter la proposition d'insérer les mots "*du litige spécifique relatif à*" entre les mots "au sujet" et "l'opération".

*Alinéa g) de l'annexe B*

89. Le Groupe de travail a rappelé sa discussion sur la disposition correspondante de l'alinéa i) de l'annexe A.

90. Le Groupe de travail a procédé à l'examen de la question des demandes reconventionnelles. Compte tenu de l'insertion du membre de phrase "*au sujet du litige spécifique relatif à l'opération*" aux alinéas g) de l'annexe A et f) de l'annexe B, on s'est demandé si une disposition sur les demandes reconventionnelles pouvait être insérée dans le Règlement, dans la mesure où une demande reconventionnelle pouvait porter sur une autre question.

91. Il a été suggéré d'inclure la disposition sur les demandes reconventionnelles proposée au paragraphe 50 du document A/CN.9/WG.III/WP.109. On a fait observer qu'une demande reconventionnelle pourrait être un élément utile de la phase de négociation.

92. Il a également été suggéré de remplacer la dernière phrase entre crochets [*La demande reconventionnelle est tranchée par le tiers neutre nommé pour trancher la première demande.*] par la phrase suivante: [*Les demandes reconventionnelles sont examinées dans la procédure de résolution des litiges en ligne en même temps que*

*la première demande.*]. Cette suggestion répondait à la question de savoir qui décidait si la demande reconventionnelle relevait de la demande initiale. Il a été suggéré en outre d'inclure dans le Règlement une définition de la demande reconventionnelle. Des avis ont été exprimés sur la question de savoir si la demande reconventionnelle devrait être définie dans le Règlement ou s'il devrait incomber aux parties de la définir. On s'est inquiété de l'incidence des demandes reconventionnelles sur la procédure, qui devrait faire l'objet de nouvelles délibérations. On s'est aussi inquiété de la capacité des parties de régler toutes les questions lors d'une seule procédure lorsqu'il s'agissait d'une procédure rapide où les demandes concernaient des opérations entre entreprises et des opérations entre entreprises et consommateurs.

93. À l'issue de la discussion, il a été convenu d'inclure la disposition suggérée sur les demandes reconventionnelles dans le Règlement en tant que paragraphe 5 du projet d'article 4. Il a été convenu de modifier le texte entre crochets comme proposé et d'étendre de cinq à sept jours calendaires la durée indiquée. Enfin, le Groupe de travail a prié le Secrétariat de préparer une définition de la demande reconventionnelle et de lui suggérer l'endroit où celle-ci figurerait dans le Règlement.

### 3. Négociation (A/CN.9/WG.III/WP.109, projet d'article 5)

94. Le Groupe de travail a d'abord rappelé plusieurs hypothèses de travail concernant la négociation: la négociation directe menée par les parties au moyen de la plate-forme de résolution des litiges en ligne était une phase de la procédure de résolution des litiges en ligne; celle-ci se composait de trois phases – négociation, médiation et arbitrage – étant entendu qu'il pouvait être envisagé de réduire ce nombre à deux phases; une partie pourrait refuser la négociation et demander à passer à la phase suivante; et il existait différents types de négociation, notamment la négociation automatisée et la négociation assistée.

95. S'agissant de la question de l'ouverture de la phase de négociation, le Groupe de travail a rappelé sa discussion concernant le paragraphe 4 du projet d'article 4 (voir ci-dessus, par. 65). À l'issue de la discussion, un large appui a été exprimé en faveur de l'idée d'envisager la procédure de résolution des litiges en ligne comme un tout et de considérer que l'ouverture de celle-ci incluait celle de la négociation.

#### Projet d'article 5 (Négociation)

*Paragraphe 1*

96. Ayant examiné les diverses options figurant entre crochets, le Groupe de travail est convenu qu'au début du paragraphe le membre de phrase "*si un accord est conclu*" était préférable, et que le paragraphe devrait dans ce cas prévoir la clôture automatique de la procédure de résolution des litiges en ligne. En réponse à une suggestion d'incorporer ces deux éléments et de simplifier le libellé du paragraphe, il a été convenu de le modifier comme suit: "*Si un accord est conclu, la procédure de résolution du litige en ligne est automatiquement close.*"

*Paragraphe 2*

97. Après discussion, il a été convenu de conserver le second passage entre crochets, priant les parties de régler leur litige par voie de négociation dans un délai

de 10 jours à l'issue duquel l'affaire passerait automatiquement à la phase suivante, et de supprimer du paragraphe toutes les références à la nomination d'un tiers neutre ou d'un arbitre. Le Secrétariat a été prié de réécrire le paragraphe en conséquence.

*Paragraphe 3*

98. On a exprimé la crainte que le défendeur puisse en fait ne pas avoir reçu la notification de la procédure et n'ait donc pas été informé que le délai courait, et on a estimé que des mesures devraient être prises pour tenir compte du préjudice que pourrait subir l'intéressé.

99. On a en outre fait valoir qu'un tel préjudice pourrait également toucher un consommateur, lorsqu'un consommateur était le défendeur. Il a été répondu que dans la grande majorité des cas les consommateurs seraient les demandeurs et non les défendeurs et que le risque était donc minime. Selon un autre avis, puisque les deux parties participaient à la procédure de résolution des litiges en ligne en vertu d'une convention et qu'une disposition avait été proposée en vue d'exiger du vendeur qu'il fournisse ses coordonnées en tant que condition préalable à sa participation au système de résolution des litiges en ligne (voir ci-dessus, par. 81) (ces coordonnées devaient être présumées exactes), le risque d'un tel préjudice était minime.

100. Il a également été souligné ce qui suit: l'article 3-4 prévoyait une présomption de réception de la communication fondée sur l'article 10-2 de la Convention sur les communications électroniques; lorsque la phase de négociation était entièrement automatisée, rien ne pouvait être fait pendant cette phase pour traiter la question d'un éventuel défaut de réception. Il a en outre été souligné que la question du moment où la notification était réputée avoir été reçue par le défendeur était traitée à l'article 3-4.

101. Un large soutien a été exprimé en faveur de la proposition selon laquelle les questions relatives à un éventuel défaut de réception des communications par un défendeur devraient être traitées par le tiers neutre qui serait présent au cours de la phase de médiation et qui, en vertu de l'article 7, disposait de larges pouvoirs. Le Secrétariat a été prié d'élaborer les modifications nécessaires à apporter au libellé du projet d'article 7 afin de permettre au tiers neutre de s'occuper de ces questions.

102. Il a été largement convenu que l'option 1 était préférable, sous réserve de faire passer le délai pour la réponse de cinq à sept jours calendaires, et que l'option 2 devrait être supprimée. Compte tenu d'une période globale de négociation de 10 jours, on s'est inquiété du fait qu'un délai de sept jours pour formuler une réponse laisserait trop peu de temps à la négociation entre les parties.

103. Il a été proposé d'insérer, entre les mots "[et d'arbitrage]" et les mots "l'administrateur", le membre de phrase "*sauf choix contraire d'une partie*" afin d'indiquer qu'il était possible d'éviter l'étape de la médiation et de passer directement à celle de l'arbitrage. Selon une autre proposition, lorsqu'il était présumé que le défendeur avait refusé de négocier, l'affaire devrait automatiquement entrer dans la phase de médiation. Après un échange de vues, le Groupe de travail a retenu l'hypothèse de travail selon laquelle, si les parties ne parvenaient pas à un accord lors de la phase de négociation, l'affaire entrerait automatiquement dans la phase suivante.

*Paragraphe 4*

104. L'idée de conduire rapidement la procédure de résolution des litiges en ligne a été fortement appuyée et il a été dit qu'il devrait être permis aux parties de prolonger le délai de la phase de négociation et les étapes à l'intérieur de cette phase uniquement lorsque les deux parties y consentaient.

105. Divers avis ont été exprimés au sujet de la date limite prévue pour toute prolongation: une limite était nécessaire pour empêcher une partie de prolonger la période de négociation de mauvaise foi; une seule prolongation devrait être autorisée et ce pour une durée déterminée.

106. À l'issue du débat, il a été convenu que les parties devraient être autorisées, lorsqu'elles y consentaient expressément, à prolonger une seule fois le délai de la phase de négociation, étant entendu que cette prolongation ne devrait pas dépasser 10 jours au-delà du délai initialement fixé.

107. Une question distincte a été soulevée à propos des conséquences de la conclusion d'un accord suivie de la clôture automatique de la procédure, comme le prévoyait l'article 5-1. On a fait observer qu'un tel accord pourrait ne pas être honoré par une des parties.

108. Pour résoudre ce problème, les propositions suivantes ont été formulées: il fallait ajouter une disposition autorisant une partie à demander qu'un tiers neutre publie l'accord sous la forme d'une sentence ou d'une décision; il fallait permettre à la partie lésée de réintroduire une procédure de résolution des litiges en ligne pour obtenir que soit émise une sentence ou une décision fondée sur les conditions de l'accord, qu'un tiers neutre aurait le pouvoir de prononcer; il fallait prévoir qu'une partie puisse adresser une demande administrative au prestataire de services de résolution des litiges en ligne afin que l'accord soit rédigé et publié sous la forme d'une sentence ou d'une décision.

109. Il a aussi été proposé d'élaborer une disposition simple et claire prévoyant que, si les parties n'exécutaient pas l'accord issu de la négociation, une partie pourrait relancer la procédure de résolution des litiges en ligne en vue d'obtenir une sentence obligatoire.

110. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a prié le Secrétariat d'élaborer une disposition tenant compte des discussions tenues à ce sujet, qu'il examinerait à une prochaine session, ainsi qu'une disposition prévoyant des moyens, pour les parties, d'accélérer la phase de négociation et de passer à l'étape suivante.

### 4. Tiers neutre (A/CN.9/WG.III/WP.109, projets d'articles 6 et 7)

**Projet d'article 6 (Nomination du tiers neutre)**

*Paragraphe 1*

111. Il a été proposé de conserver le membre de phrase [*par l'intermédiaire de la plate-forme de résolution des litiges en ligne*] et de supprimer le mot [*automatiquement*] puisque de par sa nature la plate-forme de résolution en ligne nommerait automatiquement le tiers neutre. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu de conserver ce membre de phrase entre crochets et de supprimer le mot [*automatiquement*].

*Paragraphe 2*

112. Le Groupe de travail est convenu de conserver ce paragraphe.

*Paragraphe 3*

113. Le Groupe de travail a examiné le point de savoir si les communications échangées pendant la phase de négociation devraient être mises à la disposition du tiers neutre. Il a été dit qu'une telle pratique était conforme à l'objectif du Règlement consistant à prévoir une procédure rapide et efficace.

114. Il a également été suggéré de donner aux parties la possibilité de s'opposer à la communication de ces informations au tiers neutre et donc de conserver le texte entre crochets à la fin du paragraphe 3. On a ajouté qu'il convenait de maintenir un juste équilibre entre la garantie d'une procédure régulière et l'efficacité de la procédure, ce que faisait ce passage entre crochets au paragraphe 3.

115. Il a été proposé de reporter l'examen de cette question en attendant qu'il soit déterminé si la résolution des litiges en ligne serait un processus en deux phases ou en trois phases. Il a été répondu que la communication de telles informations touchait la question de l'atteinte éventuelle à l'impartialité du tiers neutre, qui se posait aussi bien en phase de médiation qu'en phase d'arbitrage.

116. À l'issue de la discussion, il a été convenu de permuter les paragraphes 3 et 4, puisque la nomination du tiers neutre ne pourrait être définitive qu'après que toutes les objections auraient été traitées. Il a également été convenu de conserver le texte entre crochets à la fin du paragraphe 3.

*Paragraphe 4*

117. Il a été proposé de remplacer le paragraphe 4 par le libellé proposé au paragraphe 65 du document A/CN.9/WG.III/WP.109. Il a été dit également que la procédure de récusation du tiers devrait être simple, sans possibilité de formuler des observations ni d'énoncer des motifs. On a fait observer en outre que, comme une partie au moins avait intérêt à ce que la procédure soit rapide, celle-ci formulerait rarement plusieurs objections à l'encontre du tiers neutre.

118. À l'issue de la discussion, il a été convenu de conserver la première phrase du paragraphe 4 et de remplacer le reste du paragraphe par la proposition figurant au paragraphe 65 du document A/CN.9/WG.III/WP.109.

*Paragraphe 5*

119. Il a été convenu de conserver le membre de phrase [*par l'intermédiaire de la plate-forme de résolution des litiges en ligne*] et de supprimer le mot [*automatiquement*], pour les mêmes raisons que celles énoncées en ce qui concerne le paragraphe 1 du projet d'article 6.

*Paragraphe 6*

120. Il a été convenu de conserver ce paragraphe.

*Paragraphe 7*

121. Compte tenu de la discussion de la dernière session (A/CN.9/716, par. 62), il a été proposé d'enlever les crochets, le paragraphe fournissant une solution pratique pour faciliter la procédure. Selon un autre avis, il fallait conserver les crochets, car le Règlement ne devrait pas priver les parties de la possibilité de choisir le nombre de tiers neutres. Il a également été proposé de supprimer le membre de phrase "*Sauf convention contraire des parties*". À l'issue de la discussion, il a été convenu de conserver le texte en l'état, entre crochets, les questions afférentes pouvant faire l'objet d'un examen dans un document complémentaire.

**Projet d'article 7 (Pouvoirs du tiers neutre)**

*Paragraphe 1*

122. Il a été proposé de renforcer le paragraphe 1 en insérant après le mot "*approprié*" le membre de phrase "*sous réserve de garanties visant à préserver son impartialité et l'intégrité du processus*". Selon un avis, cette question pourrait être abordée de façon plus approfondie dans un code de conduite destiné aux tiers neutres. À l'issue du débat, il a été convenu de conserver le paragraphe en tenant compte du membre de phrase proposé.

123. Le Secrétariat a été prié d'examiner si le projet d'article 6-6 devrait être inséré dans le projet d'article 7-1, au motif qu'il pourrait être plus approprié de le considérer comme une obligation du tiers neutre que comme une condition préalable.

*Paragraphe 2*

124. Il a été proposé de conserver le premier membre de phrase entre crochets "[*conduit la procédure en ligne*]" et de supprimer le deuxième. Selon une autre proposition, il fallait conserver le dernier membre de phrase entre crochets "[*sauf décision contraire du tiers neutre*]" pour permettre l'admission d'autres éléments, y compris au moyen d'une vidéoconférence ou d'autres technologies. On a en outre fait observer que l'admission d'autres éléments pourrait impliquer des coûts supplémentaires, ce qui nécessiterait le consentement des parties puisque le Règlement ne prévoyait pas que soient accordés des dépens. À l'issue du débat, il a été convenu de conserver les premier et troisième membres de phrase placés entre crochets et de supprimer le deuxième.

*Paragraphe 3*

125. Selon une proposition tendant à préciser ce paragraphe, il fallait remplacer les mots "*à modifier toute pièce soumise*" par les mots "*à modifier toute pièce que cette partie a soumise*". Selon une autre proposition, il fallait supprimer le mot "*toute*" et préciser le type de documents auxquels il était fait référence. Selon une autre proposition encore, il fallait supprimer la première phrase.

126. À l'issue du débat, il a été convenu de modifier le paragraphe 3 en regroupant les première et troisième phrases comme suit: "*À tout moment de la procédure, le tiers neutre peut demander aux parties ou leur permettre (dans les conditions financières ou autres qu'il détermine) de fournir des informations supplémentaires*

*et de produire des documents, pièces à conviction ou autres preuves complémentaires, en leur fixant un délai à cet effet*".

127. S'agissant de la deuxième phrase qui soulevait des problèmes de preuves, il a été décidé de la placer entre crochets pour examen à une session future, étant entendu qu'elle pourrait être insérée à un autre endroit du Règlement.

*Paragraphe 4*

128. À l'issue du débat, il a été convenu que ce paragraphe serait conservé tel qu'il était libellé.

## 5. Médiation et arbitrage (A/CN.9/WG.III/WP.109, projets d'articles 8 et 9)

### Projet d'article 8 (Médiation)

129. Compte tenu de sa conclusion préalable (voir par. 97 et 103) selon laquelle une affaire entrait automatiquement en phase de médiation si la négociation échouait, le Groupe de travail est passé à l'examen du projet d'article 8. Il a été généralement convenu d'assortir d'une limite de temps la phase de médiation.

130. Il a été proposé, et cette proposition a été appuyée par plusieurs délégations, de conserver les deux premières phrases et de remplacer la suite du projet d'article par le texte suivant: "*Si les parties ne parviennent pas à un accord dans les 10 jours calendaires, le tiers neutre rend une [décision] [sentence] en application de l'article 9.*"; et d'ajouter au projet d'article 8 un second paragraphe libellé comme suit: "*2. Si, à la suite de son intervention dans la médiation, un tiers neutre craint de ne pouvoir ensuite demeurer impartial ou indépendant dans la procédure visée à l'article 9, il démissionne et en informe les parties et l'administrateur de procédures en ligne.*"

131. Il a également été proposé de conserver les deux premières phrases et la première partie de la troisième phrase, jusqu'au mot "accord", puis d'insérer le libellé de l'option 3 du projet actuel, en entourant de crochets les mots "à la phase suivante (aux phases suivantes)".

132. Après délibération, il a été convenu que les deux premières phrases du projet d'article 8 resteraient en l'état, que les options 1 et 2, n'ayant recueilli aucun appui, seraient supprimées, et que les deux propositions décrites ci-dessus seraient placées entre crochets et examinées à une prochaine session.

### Projet d'article 9 ([Prononcé de la] [Communication de la] [décision] [sentence])

*Paragraphe 1*

133. Il a été convenu, compte tenu des délibérations tenues précédemment sur ce point, que les mots [*décision*] [*sentence*] figurant dans ce projet d'article resteraient entre crochets jusqu'à ce que la question soit examinée de manière plus approfondie. Il a été proposé de remplacer dans la première phrase le mot "*promptement*" par les mots "*sans retard*". Il a été demandé ce qui se passerait si un tiers neutre ne pouvait rendre une décision dans le délai fixé dans ce paragraphe; il a été convenu d'examiner cette question ultérieurement. À l'issue d'une brève discussion sur l'opportunité de modifier le délai suggéré, il a été décidé de conserver la référence aux sept jours calendaires et de supprimer les crochets.

134. Plusieurs avis ont été exprimés quant à l'idée de prolonger le délai dont le tiers neutre disposerait pour rendre une décision ou une sentence: qu'un processus rapide et pratique de résolution des litiges en ligne supposait que ce délai ne soit pas prolongé; qu'une brève prolongation, de trois jours calendaires au plus, pourrait être autorisée dans les affaires exceptionnellement complexes; que, dans l'optique de la qualité des décisions, des prolongations devraient être permises; et que sept jours calendaires ne suffisaient pas et 15 jours conviendraient mieux. À l'issue de la discussion, il a été convenu de conserver un délai de sept jours pour la décision, d'ajouter une disposition permettant une prolongation de sept jours, de placer entre crochets le chiffre "sept" dans les deux cas et de supprimer les crochets entourant le mot "calendaires".

135. Différents points de vue ont été exprimés sur la question d'une publication éventuelle de la décision ou de la sentence. Il a été dit que la publication pourrait indiquer aux utilisateurs potentiels de la résolution des litiges en ligne comment les affaires étaient résolues, ce qui réduirait le nombre de litiges superflus à l'avenir, et que certains autres systèmes de résolution des litiges en ligne rendaient publiques l'ensemble de leurs décisions. Il a été généralement convenu que, en publiant toute décision, il conviendrait d'en retirer toute information permettant d'identifier les parties, et qu'il serait utile de tenir et publier des statistiques sur l'issue des procédures de résolution des litiges en ligne. Il a été observé que la question n'était pas de savoir s'il fallait publier ou non mais quelles informations il convenait de divulguer. Il a été décidé que la question de la publication serait examinée ultérieurement.

136. Il a été décidé d'examiner à une session ultérieure des suggestions tendant à infliger des sanctions visant la réputation aux parties ne respectant pas leurs obligations.

*Paragraphe 2*

137. Après discussion, il a été décidé que le projet d'article 9-2 resterait en l'état. On a demandé si un tiers neutre devait motiver sa décision et il a été décidé d'examiner cette question ultérieurement.

*Paragraphe 3*

138. Comme pour le projet d'article 1, il a été proposé que le membre de phrase [*sous réserve du droit des parties d'exercer d'autres formes de recours*] soit inséré à la fin de la première phrase. À l'issue de la discussion et pour les raisons énoncées lors de l'examen du projet d'article 1 (voir par. 25 à 29 ci-dessus), il a été convenu que le texte du paragraphe 3 serait placé entre crochets.

*Paragraphe 4*

139. Des avis ont été exprimés sur la question de savoir si une décision prise par un tiers neutre devait être motivée. On a appuyé l'idée selon laquelle les principaux motifs d'une sentence seraient utiles à ceux qui, à l'avenir, se référeraient aux décisions publiées, avec la précision que, dans un environnement où le nombre d'affaires était important, ces motifs devraient, le cas échéant, être très brefs, notamment en vue de minimiser les frais des procédures. Il a été suggéré que la plate-forme de résolution des litiges en ligne pourrait fournir au tiers neutre des

méthodes simples pour formuler ces motifs. À l'issue de la discussion, il a été convenu que le Secrétariat élaborerait un projet de libellé selon lequel les décisions devaient être brièvement motivées, qui serait inséré au paragraphe 4 et examiné à une session ultérieure.

140. On a fait observer que le membre de phrase "*ou toute erreur ou omission de même nature*" était vague et donnait au tiers neutre une trop grande latitude pour rectifier le texte de la décision. Il a été répondu que le libellé actuel devait être conservé dans un souci de cohérence avec les autres textes de la CNUDCI. À l'issue de la discussion, il a été convenu de placer ce membre de phrase entre crochets.

*Paragraphe 5*

141. Il a été suggéré de supprimer le membre de phrase "*et tient compte de tout usage du commerce applicable à l'opération*", car ce dernier pourrait être difficile à comprendre pour les consommateurs. Il a également été suggéré de le placer entre crochets, le champ d'application du Règlement couvrant les litiges entre entreprises et les litiges entre entreprises et consommateurs. Il a été répondu que le membre de phrase pourrait être reformulé de sorte à indiquer clairement qu'il s'appliquait aux seuls litiges entre entreprises ou que les documents qui complèteraient le Règlement pourraient contenir des précisions à ce sujet. Une autre suggestion tendait à supprimer le paragraphe, car il avait davantage trait aux principes juridiques de fond pour la résolution des litiges.

142. À l'issue de la discussion, il a été convenu de placer le membre de phrase entre crochets et de débattre de son emplacement approprié à une session ultérieure.

### 6. Autres dispositions (A/CN.9/WG.III/WP.109, projets d'articles 10 à 13)

#### Projet d'article 10 (Langue de la procédure)

143. Il a été proposé d'ajouter un nouveau paragraphe au projet d'article 10: "*L'administrateur de procédures en ligne œuvrant auprès de parties de langues différentes doit veiller à ce que son système, ses règles et les tiers neutres tiennent compte de ces différences et il doit instaurer des mécanismes pour répondre aux besoins des clients à cet égard*". Il a en outre été proposé que, pour cette proposition, le Secrétariat suggère un libellé qui soit cohérent avec le Règlement.

144. Il a été précisé que le projet d'article 10 portait sur la langue utilisée dans la procédure de résolution des litiges en ligne et que la manière dont la plate-forme de résolution des litiges en ligne proposerait plusieurs langues était une question distincte qui serait examinée soit dans le Règlement soit dans les documents qui le complèteraient.

145. Il a été proposé d'insérer le membre de phrase "*sauf décision contraire du tiers neutre*" après le terme "parties" dans la première phrase entre crochets.

146. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail, notant le caractère sensible et complexe de ces questions, est convenu de placer entre crochets le projet d'article 10 et les deux propositions qui feraient l'objet de nouvelles délibérations, tout en tenant compte des discussions ci-dessus et des technologies disponibles qui pourraient être utiles.

**Projet d'article 11 (Représentation)**

147. Il a été décidé de conserver le projet d'article 11 en l'état, mais de remplacer le terme "adresses" par les termes "adresses électroniques désignées" dans un souci de cohérence avec le libellé des annexes A et B du projet d'article 4. Il a aussi été décidé que le membre de phrase "[*et le mandat de représentation*]" resterait entre crochets.

**Projet d'article 12 (Exonération de responsabilité)**

148. On a fait observer que le libellé du projet d'article 12 était similaire à celui d'autres règlements d'arbitrage, bien que le Règlement intègre une nouvelle dimension en couvrant les consommateurs en tant que parties à un litige. On s'est inquiété du membre de phrase entre crochets "*et toute autre personne impliquée dans la procédure de résolution du litige en ligne*" qui devrait être examiné soigneusement, car il pourrait être interprété comme exonérant de leur responsabilité les juristes ayant commis une faute lors des conseils donnés à une partie. On a appelé l'attention sur le fait que les administrateurs de procédures pourraient être découragés par un risque trop élevé de voir leur responsabilité engagée dans le Règlement, le processus pouvant alors se révéler trop coûteux.

149. À l'issue de la discussion, il a été conclu que différents avis avaient été exprimés sur le degré d'exonération de responsabilité devant être autorisé et sur les entités devant être concernées. Il a été convenu de placer tout le projet d'article entre crochets et d'insérer les termes "ou de faute lourde" après le terme "intentionnelle". Il a été demandé au Secrétariat de proposer une variante qui serait rédigée dans un langage réglementaire plutôt que contractuel.

**Projet d'article 13 (Frais)**

150. Il a été précisé que le terme "frais" désignait le montant qu'une partie devait verser à l'autre partie lorsqu'un tiers neutre l'enjoignait de le faire, et non les frais associés à l'ouverture d'une procédure. Plusieurs se sont déclarés préoccupés par le libellé actuel de la disposition qui pourrait être sujet à controverse et qui devrait donc être examiné de nouveau par le Groupe de travail. À l'issue de la discussion, il a été convenu de placer tout le projet d'article entre crochets.

# V. Travaux futurs

151. Le Groupe de travail a noté que sa vingt-cinquième session était prévue à New York du 28 mai au 1er juin 2012 ou, si les ressources nécessaires pour l'organisation de réunions à New York n'étaient pas mises à la disposition du Secrétariat par l'Assemblée générale, à Vienne du 7 au 11 mai 2012.

## B. Note du Secrétariat sur la résolution des litiges en ligne dans les opérations internationales de commerce électronique: projet de règlement de procédure, soumise au Groupe de travail III (Règlement des litiges en ligne) à sa vingt-quatrième session (A/CN.9/WG.III/WP.109)

**[Original: anglais]**

**TABLE DES MATIÈRES**


| | | *Paragraphes* |
|---|---|---|
| I. | Introduction | 1-4 |
| II. | Résolution des litiges en ligne dans les opérations électroniques internationales: projet de règlement de procédure | 5-86 |
| | A. Remarques générales | 5-6 |
| | B. Notes sur le projet de règlement de procédure | 7-86 |
| | 1. Dispositions préliminaires | 7-34 |
| | 2. Ouverture de la procédure | 35-50 |
| | 3. Négociation | 51-57 |
| | 4. Tiers neutre | 58-68 |
| | 5. [Médiation et arbitrage] | 69-71 |
| | 6. Décision par le tiers neutre | 72-75 |
| | 7. Autres dispositions | 76-86 |


# I. Introduction

1. À sa quarante-troisième session (New York, 21 juin-9 juillet 2010), la Commission est convenue d'établir un groupe de travail chargé d'entreprendre des travaux sur la question de la résolution des litiges en ligne dans les opérations internationales de commerce électronique, à savoir les opérations entre entreprises et les opérations entre entreprises et consommateurs. Il a également été convenu que la forme de la norme juridique à élaborer serait arrêtée une fois que la question aurait été examinée plus avant[1]. À sa quarante-quatrième session (Vienne, 27 juin-8 juillet 2011), la Commission a réaffirmé que le mandat du Groupe de travail portait sur la résolution en ligne des litiges relatifs aux opérations internationales électroniques, y compris les opérations entre entreprises et les opérations entre entreprises et consommateurs. Elle a décidé que le Groupe de travail devait être libre d'interpréter son mandat comme englobant les opérations entre consommateurs et d'élaborer, si nécessaire, des règles éventuelles régissant les

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), par. 257.

relations entre eux, mais qu'il devait être particulièrement attentif à la nécessité de ne pas évincer les législations visant leur protection. Elle a également décidé que, d'une manière générale, le Groupe de travail devrait aussi, dans l'exécution de son mandat, examiner avec précision l'impact de ses délibérations sur la protection du consommateur et lui en rendre compte lors de sa prochaine session[2].

2. À sa vingt-deuxième session (Vienne, 13-17 décembre 2010)[3], le Groupe de travail a commencé à examiner la question et a demandé au Secrétariat, sous réserve des ressources disponibles, d'élaborer un projet de règlement de procédure générique pour la résolution des litiges en ligne, notamment en tenant compte du fait que les types de litiges visés devraient concerner des opérations internationales entre entreprises et entre entreprises et consommateurs portant sur de faibles montants et de gros volumes (A/CN.9/716, par. 115). Lors de cette session, le Groupe de travail a également demandé au Secrétariat d'énumérer les informations sur la résolution des litiges en ligne dont il avait connaissance, en indiquant les sites Web ou les autres sources où elles se trouvaient (A/CN.9/716, par. 115). Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que cette liste peut désormais être consultée sur le site Web de la CNUDCI[4].

3. À sa vingt-troisième session (New York, 23-27 mai 2011)[5], le Groupe de travail a examiné le projet de règlement de procédure générique tel qu'il figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.107. À cette session, il a demandé que le Secrétariat, sous réserve que des ressources soient disponibles, prépare une version révisée du projet de règlement de procédure générique ainsi que des documents sur la définition de lignes directrices à l'intention des tiers neutres, les normes minimales applicables aux administrateurs de procédures en ligne, les principes juridiques de fond pour la résolution des litiges et un mécanisme international d'application (A/CN.9/721, par. 140).

4. La présente note contient un projet annoté de règlement de procédure générique qui tient compte des débats du Groupe de travail à ses vingt-deuxième et vingt-troisième sessions.

# II. Résolution des litiges en ligne dans les opérations électroniques internationales: projet de règlement de procédure

## A. Remarques générales

5. Plusieurs questions relatives à l'élaboration d'un cadre général sur la résolution des litiges en ligne se posent lorsque l'on examine le projet de règlement de procédure générique (le Règlement). Le document A/CN.9/WG.III/WP.110

---

[2] Ibid., *soixante-sixième session, Supplément n° 17* (A/66/17), par. 224 (texte non révisé au moment de son adoption).

[3] Le rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa vingt-deuxième session a été publié sous la cote A/CN.9/716.

[4] www.uncitral.org/uncitral/en/publications/online_resources_ODR.html.

[5] Le rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa vingt-troisième session a été publié sous la cote A/CN.9/721.

aborde un certain nombre de ces questions clefs, notamment l'organisation d'une procédure de résolution des litiges en ligne (voir A/CN.9/WG.III/WP.110).

6. Le Groupe de travail souhaitera peut-être prendre en considération le fait que le Règlement a été établi en partant de l'hypothèse que la procédure en ligne prévoit une phase de négociation, suivie d'une phase de médiation et, si cette seconde phase échoue, du prononcé par un tiers neutre d'une décision définitive qui s'impose aux parties. S'il y a lieu, des indications sont données dans le présent texte sur les modifications à apporter au Règlement lorsque la latitude de choisir les phases est laissée aux parties.

## B. Notes sur le projet de règlement de procédure

### 1. Dispositions préliminaires

7. **Préambule**

"*1. Le Règlement de la CNUDCI pour la résolution des litiges en ligne ("le Règlement") est destiné à être utilisé dans le contexte des opérations internationales portant sur de faibles montants et de gros volumes effectuées entièrement ou partiellement avec des moyens de communication électroniques.*

*2. L'utilisation du Règlement s'inscrit dans un cadre de résolution des litiges en ligne constitué par les documents suivants [qui figurent ci-après en annexe et qui font partie intégrante du Règlement]:*

*[a) Guide à l'intention des administrateurs de procédures en ligne;]*

*[b) Règles supplémentaires visant les administrateurs de procédures en ligne;]*

*[c) Guide et exigences minimales pour les tiers neutres;]*

*[d) Principes juridiques de fond pour la résolution des litiges;]*

*[e) Mécanisme international d'application;]*

*[...];*

*[3. Tout autre règle ou document distinct et supplémentaire doit être conforme au Règlement.]*"

*Remarques*

8. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si un préambule court devrait être inséré dans le Règlement afin de clarifier le contexte dans lequel le Règlement sera utilisé, de même que les instruments complémentaires qui font partie du cadre de résolution des litiges en ligne. L'insertion d'un préambule pourrait permettre de simplifier le projet d'article premier (voir ci-après, par. 10).

9. Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que les questions générales relatives à un cadre global de résolution des litiges en ligne sont examinées dans le document A/CN.9/WG.III/WP.110.

*Paragraphe 1*

10. Pour ce qui est de la définition du terme "opération internationale", le Groupe de travail souhaitera noter que la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, adoptée en 2005 (Convention sur les communications électroniques) s'applique à "la formation ou à l'exécution d'un contrat entre des parties ayant leur établissement dans des États différents". Cette définition inclut le terme "établissement" qui est défini à l'article 6 de la Convention sur les communications électroniques[6]. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si cette définition serait également appropriée dans le contexte du Règlement.

*Paragraphe 2*

11. Le paragraphe 2 vise à préciser que le Règlement est seulement un élément qui s'inscrit dans un cadre général de résolution des litiges en ligne (voir A/CN.9/WG.III/WP.110).

12. **Projet d'article premier (Champ d'application)**

"*Le Règlement s'applique à la procédure de résolution des litiges en ligne lorsque les parties à une opération en ligne sont convenues qu'il régira la résolution des litiges portant sur cette opération, [sous réserve du droit des parties d'exercer d'autres formes de recours].*"

*Remarques*

13. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner comment les parties pourraient parvenir à un tel accord et comment elles pourraient tenir compte du Règlement dans le cadre de cet accord.

14. Le terme "opération en ligne" peut désigner des opérations effectuées soit partiellement soit entièrement avec des moyens électroniques. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si le Règlement peut être utilisé pour les opérations effectuées entièrement ou partiellement à l'aide de moyens de communication électroniques.

---

[6] Article 6 de la Convention sur les communications électroniques:
1. Aux fins de la présente Convention, une partie est présumée avoir son établissement au lieu qu'elle a indiqué, sauf si une autre partie démontre que la partie ayant donné cette indication n'a pas d'établissement dans ce lieu.
2. Dans le cas où une partie n'a pas indiqué d'établissement et a plus d'un établissement, l'établissement à prendre en considération aux fins de la présente Convention est celui qui a la relation la plus étroite avec le contrat considéré, compte tenu des circonstances connues des parties ou envisagées par elles avant ou au moment de la conclusion du contrat.
3. Si une personne physique n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu.
4. Un lieu ne constitue pas un établissement du seul fait qu'il s'agit de l'endroit: a) où se trouvent le matériel et la technologie sur lesquels s'appuie un système d'information utilisé par une partie en relation avec la formation d'un contrat; ou b) où d'autres parties peuvent accéder à ce système d'information.
5. Le seul fait qu'une partie utilise un nom de domaine ou une adresse électronique associés à un pays particulier ne constitue pas une présomption que son établissement est situé dans ce pays.

15. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner en outre si le Règlement devrait définir de manière plus détaillée les types de litiges qui entrent dans son champ d'application, ou même ceux qui devraient en être exclus (A/CN.9/721, par. 51).

16. En ce qui concerne le passage entre crochets figurant à la fin du projet d'article premier, "*[sous réserve du droit des parties d'exercer d'autres formes de recours]*", le Groupe de travail se souviendra peut-être de son débat à sa vingt-troisième session, et des avis divergents qui avaient été exprimés sur la nécessité de retenir ce passage (A/CN.9/721, par. 41 à 49). Le passage entre crochets vise les situations où des conventions d'arbitrage conclues avant la survenue du différend ne liaient pas nécessairement les consommateurs et où, par conséquent, seule une partie serait liée par une telle convention.

17. **Projet d'article 2 (Définitions)**

"*Aux fins du présent Règlement:*

*1. Le terme 'demandeur' désigne la partie qui engage une procédure de résolution de litiges en ligne conformément au Règlement en adressant une notification;*

*2. Le terme 'communication' désigne toute mention, déclaration, mise en demeure, notification, réponse, conclusion ou demande faite par toute personne à laquelle s'applique le présent Règlement dans le cadre de la résolution de litiges en ligne;*

*Option 1 [3. Le terme 'communication électronique' désigne toute communication faite par toute personne à laquelle s'applique le présent Règlement au moyen d'une information créée, transmise, reçue ou conservée par des moyens électroniques, magnétiques ou optiques ou des moyens analogues, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégramme, le télex, la télécopie [les services de minimessages (SMS), les conférences Web, les 'chats' (dialogue en ligne), les forums Internet ou le microblogage];]*

*Option 2 [3. Le terme 'communication numérisée' désigne toute information sous forme analogique, notamment document, objet, image, texte et son, convertie ou transformée sous forme numérique pour pouvoir être traitée directement par un ordinateur ou d'autres appareils électroniques;]*

*4. Le terme 'tiers neutre' désigne la personne qui aide les parties à résoudre leur litige et/ou rend une [décision] [sentence] sur le litige conformément au Règlement;*

*5. Le terme 'défendeur' désigne la partie à laquelle est adressée la notification;*

*6. Le terme 'résolution de litiges en ligne' désigne un système de règlement des litiges dans lequel [les aspects procéduraux des mécanismes de résolution sont conduits et facilités] [la procédure de résolution est conduite et facilitée] par l'utilisation de [communications électroniques] [communications numérisées] et d'autres technologies de l'information et de la communication;*

*7. Le terme 'plate-forme de résolution de litiges en ligne' désigne [un] [un ou plusieurs] système[s] utilisé[s] pour créer, transmettre, recevoir, conserver, échanger ou traiter de toute autre manière des [communications électroniques] [communications numérisées] utilisées dans la résolution de litiges en ligne;*

*8. Le terme 'administrateur de procédures en ligne' désigne une entité qui administre des procédures de résolution de litiges en ligne et met à la disposition des parties une plate-forme en ligne pour résoudre leur litige conformément au Règlement;*

*[…]*"

*Remarques*

*Paragraphe 1 "demandeur"*

18. La définition proposée du terme "demandeur" explique que le demandeur peut-être soit l'acheteur soit le vendeur.

*Paragraphe 2 "communication"*

19. La définition du terme "communication" s'inspire de l'article 4 a) de la Convention sur les communications électroniques, qui le limite à l'utilisation de communications électroniques en rapport avec la formation ou l'exécution d'un contrat entre des parties. Cette définition a été modifiée pour tenir compte du contexte de la résolution de litiges en ligne, notamment dans les opérations entre entreprises et les opérations entre entreprises et consommateurs.

*Paragraphe 3 ["communications électroniques"] ["communications numérisées"]*

20. La définition du terme "communication électronique" s'inspire des articles 4 b) et 4 c) de la Convention sur les communications électroniques et de l'article 2 a) de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique adoptée en 1996 (avec le nouvel article 5 *bis* adopté en 1998). Elle mentionne "la messagerie électronique, le télégramme, le télex ou la télécopie". Depuis l'adoption de la Loi type, d'autres innovations technologiques ont vu le jour et, par conséquent, le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il faudrait amender la disposition afin d'y inclure, comme exemples de communications électroniques, les services de minimessages (SMS), les conférences Web, les "chats" (dialogue en ligne), les forums Internet, le microblogage et d'autres technologies de l'information et de la communication.

21. Le Groupe de travail voudra peut-être aussi examiner si un concept plus abstrait et technologiquement neutre, tel que "communications numérisées", pourrait être utilisé au lieu de "communications électroniques". Les communications numérisées désignent toute information sous forme analogique, notamment documents, objets, images, textes et sons, convertie ou transformée sous forme numérique pour pouvoir être traitée directement par un ordinateur ou d'autres appareils électroniques. Relevant d'un concept plus large, les communications numérisées peuvent prendre en compte de nouvelles technologies comme la reconnaissance vocale qui permet aux ordinateurs d'analyser la parole humaine et de la transcrire en texte ou de traduire le texte en parole, et qui peut comprendre

aussi un système d'identification par radiofréquence grâce auquel des informations sont transférées au moyen d'ondes radio entre une étiquette électronique et un lecteur. Ces nouvelles technologies et d'autres à venir pourraient se révéler pertinentes pour la procédure de résolution de litiges en ligne. En outre, le terme "communication numérisée" pourrait être d'autant plus approprié que la communication en vue de la résolution de litiges peut nécessiter une audience directe sous forme électronique alors que dans le cadre d'une opération électronique, un contrat peut être considéré comme reposant très souvent sur un document écrit sous format électronique.

*Paragraphe 4 "tiers neutre"*

22. Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que les questions générales à examiner concernant les tiers neutres sont exposées dans leurs grandes lignes dans le document A/CN.9/WG.III/WP.110.

23. Une question se pose quant à la possibilité pour un tiers neutre de cumuler les rôles de conciliateur (à savoir, faciliter pendant l'étape de la médiation) et d'arbitre (à savoir, rendre des décisions contraignantes) (A/CN.9/721, par. 66 et 67). En matière commerciale, le médiateur/conciliateur et l'arbitre ne sont généralement pas les mêmes personnes, sauf convention contraire des parties. L'approche pourrait être différente pour la résolution des litiges en ligne, étant donné le besoin de rapidité et de simplicité (A/CN.9/716, par. 61 à 65) et en gardant à l'esprit les considérations soulevées au paragraphe 67 du document A/CN.9/721. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner cette question à la lumière de sa décision sur l'articulation des différentes étapes de la procédure de résolution des litiges en ligne.

24. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner en outre lesquels des termes "arbitre" ou "tiers neutre", et "sentence" ou "décision", sont les plus appropriés à être utilisés dans le Règlement (A/CN.9/721, par. 24).

*Paragraphe 6 "résolution des litiges en ligne"*

25. À sa vingt-deuxième session, le Groupe de travail est convenu qu'il serait utile de reporter l'examen d'une définition de la résolution des litiges en ligne à un stade ultérieur des débats, lorsqu'il aurait analysé plus en détail les différents éléments du concept (A/CN.9/716, par. 40). Il a aussi été suggéré que la définition se limite aux cas où les aspects procéduraux d'une affaire se déroulent en ligne (A/CN.9/716, par. 35). Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer si la résolution des litiges pourrait se faire en ligne entièrement ou partiellement et, dans ce cas, définir le terme "partiellement" (A/CN.9/716, par. 37).

*Paragraphe 7 "plate-forme de résolution des litiges en ligne"*

26. Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que les questions générales à examiner concernant la plate-forme de résolution des litiges en ligne sont exposées dans le document A/CN.9/WG.III/WP.110.

27. Plusieurs questions se posent concernant la définition de la plate-forme de résolution des litiges en ligne. Il s'agit notamment de savoir s'il est prévu qu'un administrateur de procédures en ligne gère plusieurs plates-formes. La plate-forme pourrait comporter un serveur de messagerie électronique par l'intermédiaire duquel les parties et l'administrateur de procédures en ligne communiquent, un portail Web,

une solution sur mesure ou un progiciel interne de gestion intégré ou tout autre type de dispositif. Elle pourrait consister en un seul système, un site Web par exemple, ou en plusieurs comme un site Web et une application de téléphonie mobile reliée à un site Web. À cet égard, le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager d'inclure un texte entre crochets [*un ou plusieurs*].

*Paragraphe 8 "administrateur de procédures en ligne"*

28. Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que les questions générales à examiner concernant les administrateurs de procédures en ligne sont exposées dans leurs grandes lignes dans le document A/CN.9/WG.III/WP.110.

29. La définition du terme "administrateur de procédures en ligne" soulève diverses questions ayant trait au rôle et à la responsabilité, à l'approbation et au processus de sélection. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner dans quelle mesure les rôles et les responsabilités des administrateurs de procédures devraient être définis, et si une telle définition devrait être incluse dans le Règlement ou dans le Guide.

30. **Projet d'article 3 (Communications)**

"*1. Toutes les communications au cours de la procédure de résolution des litiges en ligne sont transmises par voie électronique à l'administrateur de procédures en ligne et sont adressées par l'intermédiaire de la plate-forme de résolution de litiges en ligne.*

*[2. L'adresse [les adresses] électronique[s] du demandeur pour toutes les communications effectuées conformément au Règlement est celle [sont celles] mentionnée[s] dans la notification de résolution du litige en ligne ('la notification'), sauf indication contraire notifiée par le demandeur à l'administrateur ou à la plate-forme de résolution de litiges en ligne.*

*3. L'adresse [les adresses] électronique[s] pour la communication de la notification par l'administrateur de procédures en ligne au défendeur est celle [sont celles] qui a [ont] été fournie[s] par le demandeur. Par la suite, l'adresse [les adresses] électronique[s] du défendeur désignée[s] pour toutes les communications effectuées conformément au Règlement est celle [sont celles] que le défendeur a notifiée[s] à l'administrateur de procédures en ligne ou à la plate-forme de résolution de litiges en ligne au moment où il a accepté l'application du présent Règlement ou tout changement notifié pendant la procédure en ligne.]*

*[4. Le moment de la réception d'une communication électronique aux termes du Règlement est le moment où cette communication peut être relevée par le destinataire à la plate-forme de résolution de litiges en ligne.]*

*5. L'administrateur de procédures en ligne adresse un accusé de réception des communications électroniques entre les parties et le tiers neutre à toutes les parties [et au tiers neutre] à leurs adresses électroniques désignées.*

*6. L'administrateur de procédures en ligne notifie à toutes les parties et au tiers neutre la disponibilité de toute communication électronique à la plate-forme de résolution de litiges en ligne.*"

*Remarques*

*Paragraphes 2 et 3*

31. Le Groupe de travail voudra peut-être se référer au débat qu'il a eu à sa vingt-troisième session sur la proposition de diviser le paragraphe relatif aux adresses électroniques désignées des parties (voir A/CN.9/721, par. 84 à 86). Il conviendrait de noter qu'avant que le défendeur ne communique une réponse, sa seule adresse dont dispose l'administrateur de procédures en ligne est celle qui a été fournie par le demandeur. La définition en tient donc compte.

*Paragraphe 4*

32. Le paragraphe 4, qui s'inspire de l'article 10 de la Convention sur les communications électroniques, revêt de l'importance pour la durée globale de la procédure de résolution des litiges en ligne[7]. Étant donné que le Règlement vise à promouvoir la simplicité, la rapidité et l'efficacité, et eu égard au caractère international de la procédure de résolution des litiges, des incertitudes concernant le moment de la réception des communications pourraient occasionner des retards dans la procédure. Il pourrait donc s'avérer nécessaire de définir une norme cohérente pour déterminer le moment de la réception.

*Paragraphe 5*

33. Le paragraphe 5 porte sur l'accusé de réception des communications électroniques (A/CN.9/721, par. 89) qui remplit deux fonctions: informer l'expéditeur de la réception de la communication électronique, et notifier à l'autre partie et, s'il y a lieu, au tiers neutre que la première partie a communiqué un message électronique.

34. Il a été proposé que l'administrateur procède également à l'horodatage de la réception des communications, et que le calcul de la date et l'accusé de réception des communications électroniques soient traités par des moyens techniques sur la plate-forme de résolution de litiges en ligne (voir A/CN.9/721, par. 100).

## 2. Ouverture de la procédure

35. **Projet d'article 4 (Ouverture de la procédure)**

"*1. Le demandeur communique à l'administrateur de procédures en ligne une notification conformément au formulaire de l'annexe A. La notification devrait, dans la mesure du possible, être accompagnée de toutes pièces et autres preuves invoquées par le demandeur ou s'y référer.*

---

[7] L'article 10 de la Convention sur les communications électroniques met à jour l'article 15 de la Loi type sur le commerce électronique. Les modifications apportées à l'article 10 de la Convention sont conformes aux règles applicables à la communication papier et limitent la capacité du destinataire de retarder ou d'empêcher délibérément la transmission de la communication en s'abstenant d'y accéder. Elles tiennent aussi compte du fait que le système d'information du destinataire peut ne pas être accessible pour des raisons indépendantes de l'expéditeur (par exemple, l'utilisation de dispositifs filtrant les messages électroniques non sollicités (dispositifs "antispam")).

*2. La notification est ensuite rapidement communiquée au défendeur par l'administrateur de procédures en ligne.*

*3. Le défendeur communique à l'administrateur de procédures en ligne une réponse à la notification conformément au formulaire de l'annexe B dans les [cinq (5)] jours [calendaires] suivant la réception de la notification. La réponse devrait, dans la mesure du possible, être accompagnée de toutes pièces et autres preuves invoquées par le défendeur ou s'y référer.*

*4. La procédure de résolution des litiges en ligne est réputée commencer à la date de réception par [l'administrateur sur la plate-forme de résolution de litiges en ligne] [le défendeur] de la notification visée au paragraphe 1.*

*Annexe A*

*La notification contient:*

*a) Le nom et l'adresse électronique désignée du demandeur et de son représentant (le cas échéant) autorisé à agir pour son compte dans la procédure de résolution du litige en ligne;*

*b) Le nom et les adresses électroniques du défendeur et de son représentant (le cas échéant) tels que connus du demandeur;*

*c) Les motifs sur lesquels est fondée la demande;*

*d) Les solutions proposées pour régler le litige;*

*e) La signature du demandeur et/ou de son représentant sous forme électronique [y compris toutes autres méthodes d'identification et d'authentification];*

*f) Option 1 [La déclaration du demandeur portant accord à sa participation à la procédure de résolution du litige en ligne;]*

*Option 2 [La déclaration définissant la [les] phase[s] de la procédure de résolution du litige en ligne à laquelle le demandeur souhaite participer;]*

*Option 3 [La déclaration portant accord par les parties de recourir à la procédure de résolution du litige en ligne en cas de survenance d'un litige entre eux;]*

*g) La déclaration du demandeur indiquant qu'il n'a pas déjà engagé d'autres voies de droit contre le défendeur au sujet de l'opération en question;*

*h) La déclaration indiquant que des frais d'enregistrement de [...] ont été acquittés;*

*[i) Lieu de situation du demandeur;]*

*[...]*

*Annexe B*

*La réponse contient:*

*a) Le nom et l'adresse électronique désignée du défendeur et de son représentant (le cas échéant) autorisé à agir pour son compte dans la procédure de résolution du litige en ligne;*

*b) Une réponse aux déclarations et allégations figurant dans la notification;*

*c) Les solutions proposées pour régler le litige;*

*d) La déclaration du défendeur portant accord à sa participation à la procédure de résolution du litige en ligne;*

*e) La signature du défendeur et/ou de son représentant sous forme électronique;*

*f) La déclaration du défendeur indiquant qu'il n'a pas déjà engagé d'autres voies de droit contre le demandeur au sujet de l'opération en question;*

*[g) Lieu de situation du défendeur;]*

*[…]*"

*Remarques*

*Paragraphes 2 et 3*

36. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que, selon les définitions qui auront été données de l'administrateur de procédures en ligne et de la plate-forme de résolution de litiges en ligne, on pourrait prévoir que les notifications pourraient être communiquées à l'administrateur ou à la plate-forme. Ces paragraphes devront être conformes aux dispositions relatives aux communications et compatibles avec les définitions des termes "administrateur de procédures en ligne" et "plate-forme de résolution de litiges en ligne". Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que la désignation du destinataire de la communication électronique, l'administrateur ou la plate-forme, peut avoir une incidence sur le moment de la réception de la communication électronique, laquelle de son côté a une incidence sur la durée de la procédure de résolution de litiges en ligne.

*Paragraphe 3*

37. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner comment le délai prévu par le Règlement devrait être calculé et si le calcul devrait être laissé à l'administrateur de procédures en ligne (voir A/CN.9/WG.III/WP.110).

*Paragraphe 4*

38. Le paragraphe 4 traite de l'ouverture de la procédure de résolution des litiges en ligne. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si la procédure est réputée commencer au moment où l'administrateur reçoit la notification du demandeur (article 4 du Règlement de médiation de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI)) ou au moment où le défendeur reçoit la notification

(Principes directeurs régissant le règlement uniforme des litiges relatifs aux noms de domaine de l'Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN)).

39. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner, dans le cas où la procédure de résolution des litiges est conçue pour permettre aux parties et/ou aux administrateurs de procédures en ligne de choisir une ou des phases spécifiques de la procédure, si chaque phase spécifique – négociation, médiation et arbitrage – pourrait inclure sa propre définition de l'ouverture de la procédure.

40. La formulation actuelle du paragraphe subordonne l'ouverture de la procédure à la réception de la notification, soit par l'administrateur de procédures en ligne soit par le défendeur. L'annexe A f) envisage désormais un choix par les parties, ou à tout le moins par le demandeur, d'une phase donnée de la procédure.

*Annexe A*

*Annexe A c) et d)*

41. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si l'annexe A devrait énumérer les motifs sur lesquels une demande peut se fonder et les types de réparations possibles. Dans la mesure où il est question d'un environnement international dans lequel les opérations réalisées sont très nombreuses et portent sur de faibles montants, il peut être nécessaire de limiter les types d'affaires à celles concernant des faits et des moyens de réparation simples, pour éviter le risque de submerger le système d'affaires complexes, ce qui le rendrait inefficace et onéreux.

*Annexe A e)*

42. Il convient de noter que les expressions "signature électronique" et "signature numérique" ne recouvrent pas la même chose. La signature électronique[8] évoque tout type de signature servant à identifier et à authentifier l'utilisateur notamment dans le contexte de la gestion de l'identité[9].

*Annexe A g)*

43. Il a été estimé que l'annexe A g), accompagnée d'une disposition complémentaire à l'annexe B, pourrait être utile pour prévenir la multiplication des

---

[8] L'article 2 a) de la Loi type sur les signatures électroniques définit les signatures électroniques comme "des données sous forme électronique contenues dans un message de données ou jointes ou logiquement associées audit message, pouvant être utilisées pour identifier le signataire dans le cadre du message de données et indiquer qu'il approuve l'information qui y est contenue". La signature numérique a généralement recours aux technologies de la cryptographie comme l'infrastructure à clef publique qui, pour être efficace, nécessite une technologie et des moyens de mise en œuvre spécifiques.

[9] La gestion de l'identité pourrait se définir comme un système de procédures, de principes et de technologies visant à gérer le cycle de vie et les droits des utilisateurs, ainsi que leur justificatif d'identité. Il a été indiqué à titre d'exemple que la vérification de l'identité d'une personne ou d'une entité qui cherche à accéder à distance à un système, qui est l'auteur d'une communication électronique ou qui a signé un document électronique, relevait de ce que l'on désigne désormais par l'expression "gestion de l'identité". Il a en outre été indiqué que les fonctions de gestion de l'identité étaient remplies selon trois processus: identification, authentification et autorisation (voir A/CN.9/692 et A/CN.9/728).

procédures portant sur un même litige (voir également la référence à l'annexe B f)) (A/CN.9/721, par. 122).

*Annexe A i)*

44. Le paragraphe 1 du préambule précise que le Règlement est applicable aux "opérations internationales", ce qui indique peut-être qu'il est nécessaire de vérifier le lieu d'établissement des parties. Le Groupe de travail voudra donc peut-être envisager d'exiger du demandeur qu'il spécifie son lieu d'établissement dans la notification (voir également la référence à l'annexe B g)).

*Annexe B*

45. L'annexe B traite de la réponse à la notification et fait pendant aux dispositions de l'annexe A.

*Annexe B a)*

46. Comme il en est de l'annexe A a) et b), la question relative à la protection des données ou au respect de la vie privée et à la sécurité en ligne lors de la communication d'informations concernant les parties durant la procédure en ligne devrait être prise en considération (A/CN.9/721, par. 108).

*Annexe B b) et c)*

47. Les annexe B b) et c) font pendant aux annexes A c) et d) et selon le même principe, le Groupe de travail voudra peut-être examiner si l'annexe B devrait énumérer les réponses aux déclarations, allégations et solutions proposées qui figurent dans la notification.

*Annexe B d)*

48. Le Groupe de travail voudra peut-être envisager de modifier la formulation de l'alinéa d) comme énoncé ci-après, à la lumière des avis qu'il pourrait avoir sur la question des conventions contraignantes conclues avant la survenue d'un litige par lesquelles les parties s'engageaient à se soumettre à une procédure en ligne: "[*d) Une déclaration du défendeur par laquelle il dit accepter, ou avoir accepté le cas échéant (par exemple dans une convention d'arbitrage conclue avant la survenue du litige), de participer à la procédure de résolution du litige en ligne*]".

*Annexe B e)*

49. Les annexes B e), f) et g) font pendant aux annexes A e), g) et i) respectivement et tout examen de l'une est applicable à l'autre.

*Autre*

50. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si le Règlement devrait envisager la soumission des demandes reconventionnelles. Le paragraphe ci-après est proposé:

> ["*5. Le défendeur peut introduire une demande en réponse à la notification communiquée par le demandeur ('demande reconventionnelle'). Il doit le faire [[auprès du même administrateur de procédures en ligne] et pour la même*

*opération litigieuse indiquée dans la notification] dans les [cinq (5)] jours [calendaires] [après que la notification de la première demande lui a été envoyée]. [La demande reconventionnelle est tranchée par le tiers neutre nommé pour trancher la première demande.]*"]

### 3. Négociation

#### 51. Projet d'article 5 (Négociation)

"*1. [Si le défendeur répond à la notification et accepte une des solutions proposées par le demandeur] [si un accord est conclu], l'administrateur de procédures en ligne communique l'acceptation au demandeur [et la procédure de résolution du litige en ligne est [automatiquement] close].*

*2. [Si aucune des solutions proposées par une des parties n'est acceptée par l'autre] [Si les parties n'ont pas résolu leur litige par voie de négociation dans les [dix (10)] jours [calendaires] qui suivent la réponse,] [Si les parties ne sont pas parvenues à un accord] [À défaut d'accord], [une des parties] [alors chaque partie] peut demander que l'affaire entre dans la phase de médiation, l'administrateur procédant alors rapidement à la désignation du tiers neutre conformément à l'article 6 ci-dessous. [Chaque partie peut refuser, dans un délai de [trois (3)] jours [calendaires] à compter de la réception de la notification de la nomination de l'arbitre, de fournir à l'arbitre les informations générées pendant la phase de négociation].*

*Option 1: [3. Si le défendeur ne répond pas à la notification dans les [cinq (5)] jours [calendaires], il est présumé avoir refusé de négocier et l'affaire entre automatiquement dans la phase de médiation [et d'arbitrage], l'administrateur procédant alors rapidement à la désignation du tiers neutre conformément à l'article 6 ci-dessous.]*

*Option 2: [3. Si le défendeur ne répond pas à la notification dans les [cinq (5)] jours [calendaires], il est présumé avoir refusé de négocier et la négociation est automatiquement close et chaque partie a le choix de passer à la phase suivante de la procédure.]*

*[4. Les parties peuvent convenir de reporter la date limite de présentation de la réponse, sans que ce report ne puisse toutefois dépasser [...] jours [calendaires].]*"

*Remarques*

52. Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que la phase de négociation peut comporter soit une négociation assistée, soit une négociation automatique ou les deux. Dans une négociation assistée, les parties cherchent à parvenir à un accord en communiquant à l'aide des moyens électroniques mis à leur disposition par l'administrateur de procédures en ligne. Dans une négociation automatique, chaque partie propose, pour résoudre le litige, une solution, généralement en termes monétaires, qui n'est pas communiquée à l'autre partie. Le logiciel compare ensuite les deux propositions et tente de parvenir à un accord pour les parties si les propositions se situent dans une fourchette donnée. Le Règlement devrait peut-être prendre en compte le recours à la négociation automatique lorsque c'est la technologie (le logiciel) qui "négocie" l'accord sur la base des propositions faites

par les parties. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si les dispositions relatives à la négociation devraient inclure la négociation assistée et la négociation automatique.

*Paragraphe 1*

53. Le projet d'article 5-1 renvoie à la clôture des négociations et de la procédure de résolution en ligne lorsque les parties sont parvenues à un accord. Le Groupe de travail pourra également estimer qu'une négociation devrait prendre fin par le biais d'un accord issu d'une conciliation soit dans tous les cas soit lorsqu'une partie en fait la demande. À cet égard, on pourrait examiner les aspects techniques de la formation d'accords issus de conciliations, y compris la partie du cadre de résolution de litiges en ligne dans laquelle ces aspects devraient être traités.

*Paragraphe 2*

54. Le Groupe de travail souhaitera peut-être décider si le Règlement devrait imposer un délai pour la phase de négociation, en particulier le délai dans lequel le défendeur doit accepter une solution ou proposer une solution alternative, et le délai dans lequel le demandeur doit notifier son acceptation ou son refus de la solution proposée par le défendeur. Une autre option est de fixer un délai global pour les négociations, dans lequel les parties doivent parvenir à un accord. Soumettre les parties à de telles contraintes de délais pourrait les inciter à s'entendre. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la question des délais, du mécanisme par lequel l'administrateur peut s'assurer que le défendeur a reçu la notification, et de la partie du cadre global de la résolution de litiges en ligne dans laquelle la question devrait être traitée.

*Paragraphe 3*

55. Le paragraphe 3 comporte deux options. Selon la première, les parties seront menées d'une phase procédurale à la suivante de façon automatique. Selon la seconde, le passage de la négociation à la phase de médiation et ensuite à l'arbitrage sera le résultat du consentement exprès des parties.

*Paragraphe 4*

56. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si le Règlement devrait régir les prolongations de délais pour introduire une demande.

57. Le Groupe de travail voudra peut-être aussi examiner si la possibilité de prolonger la phase de négociation devrait être laissée aux parties ou si l'administrateur de procédures en ligne pourrait refuser une telle prolongation.

## 4. Tiers neutre

58. **Projet d'article 6 (Nomination du tiers neutre)**

"*1. L'administrateur de procédures [par l'intermédiaire de la plate-forme de résolution de litiges en ligne] nomme [automatiquement] le tiers neutre en le choisissant dans une liste de tiers neutres qualifiés qu'il tient.*

*2. Le tiers neutre se déclare indépendant et signale à l'administrateur toutes circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son*

*impartialité ou sur son indépendance. L'administrateur communique ces informations aux parties.*

*3. Une fois le tiers neutre nommé, l'administrateur notifie cette nomination aux parties et fournit au tiers neutre toutes les communications et pièces reçues des parties concernant le litige. [Chaque partie peut refuser, dans un délai de [trois (3)] jours [calendaires] à compter de la réception de la notification de la nomination du tiers neutre, de fournir au tiers neutre les informations générées pendant la phase de négociation.]*

*4. Chaque partie peut formuler des objections à l'encontre de la nomination du tiers neutre dans les [deux (2)] jours [calendaires] suivant la notification de la nomination. En cas d'objection, l'administrateur invite la partie qui n'a pas formulé d'objections à soumettre ses commentaires dans les [deux (2)] jours [calendaires] puis, soit communique aux parties la nomination du tiers neutre, soit en nomme un nouveau.*

*5. Si, au cours de la procédure, le tiers neutre doit être remplacé, l'administrateur [par l'intermédiaire de la plate-forme de résolution de litiges en ligne] procède [automatiquement et] promptement à la nomination d'un remplaçant et en informe les parties. La procédure reprend au stade où le tiers neutre remplacé a cessé d'exercer ses fonctions.*

*6. Le tiers neutre, en acceptant sa nomination, est réputé s'être engagé à consacrer suffisamment de temps pour que la procédure de résolution du litige puisse se dérouler et s'achever rapidement conformément au Règlement.*

*[7. Sauf convention contraire des parties, il est nommé un seul tiers neutre.]*"

*Remarques*

59. Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que les questions générales à examiner concernant les tiers neutres sont exposées dans leurs grandes lignes dans le document A/CN.9/WG.III/WP.110.

*Paragraphe 1*

60. Le choix des tiers neutres par l'administrateur de procédures en ligne devrait en pratique être automatiquement traité par la plate-forme de résolution de litiges en ligne qui aurait accès à la liste des tiers neutres. Cette approche donnerait plus de poids à l'impartialité et l'indépendance du tiers neutre dans la mesure où le processus de sélection automatique n'appelle aucune décision de l'administrateur ou l'une ou l'autre partie. Afin de clarifier ce point dans le règlement de procédure, le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager d'introduire les mots [*par l'intermédiaire de la plate-forme de résolution de litiges en ligne*] et [*automatiquement*] dans les paragraphes 1 et 5.

*Paragraphe 3*

61. Le Groupe de travail voudra peut-être préciser si "toutes les communications et pièces reçues des parties concernant le litige" devraient inclure les communications échangées au stade de la négociation, puisque le demandeur, au

moment du dépôt de sa notification, est tenu de soumettre les preuves et pièces se rapportant au litige.

62. Le Groupe de travail souhaitera peut-être inclure une phrase qui donne aux parties la possibilité de refuser de fournir au tiers neutre les informations générées pendant la phase de négociation.

*Paragraphe 4*

63. À sa vingt-deuxième session, le Groupe de travail a décidé qu'il convenait d'envisager de permettre aux parties de contester la nomination de tiers neutres (A/CN.9/716, par. 70). Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la possibilité de contestations ultérieures à l'encontre du tiers neutre, une fois que celui-ci a dévoilé des informations conformément au paragraphe 2.

64. Le Groupe de travail voudra peut-être envisager de prévoir la possibilité pour l'administrateur de procédures en ligne de rejeter une objection formulée par une partie et examiner s'il devra motiver un tel rejet, afin que les parties soient assurées que la nomination des tiers neutres est impartiale: [*Lorsque l'administrateur rejette une objection formulée par une partie, il communique aux parties les motifs de ce rejet*.]

65. Une autre possibilité est de prévoir une procédure simple sans possibilité de commenter ou motiver: [*Lorsqu'une partie formule des objections à l'encontre de la nomination du tiers neutre, celui-ci est automatiquement disqualifié et l'administrateur en nomme un autre à sa place. Les possibilités de telles contestations de nomination de tiers neutres offertes à chaque partie sont limitées à [trois (3)]. La nomination du tiers neutre par l'administrateur après la dernière contestation par une partie est définitive*.]

*Paragraphe 7*

66. À la vingt-deuxième session du Groupe de travail, il a été généralement convenu que, sauf accord contraire entre les parties, il devrait y avoir un seul tiers neutre (A/CN.9/716, par. 62).

67. **Projet d'article 7 (Pouvoirs du tiers neutre)**

*"1. Sans préjudice du présent Règlement, le tiers neutre peut conduire la procédure de résolution du litige en ligne comme il le juge approprié, pourvu que les parties soient traitées sur un pied d'égalité. Le tiers neutre, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, conduit la procédure en ligne de manière à éviter les retards et les dépenses inutiles et à assurer un règlement équitable et efficace du litige. Ce faisant, il adopte un comportement juste et fait preuve à tout instant d'une complète indépendance et impartialité.*

*2. Le tiers neutre [conduit la procédure en ligne] [tranche le litige] sur la base des pièces présentées par les parties et de leurs communications à l'administrateur de procédures en ligne, dont il détermine la pertinence. La procédure en ligne est conduite sur la base de ces éléments uniquement [sauf décision contraire du tiers neutre].*

*3. Le tiers neutre a le pouvoir d'autoriser une partie, dans les conditions (financières ou autres) qu'il détermine, à modifier toute pièce soumise.*

*Chaque partie doit apporter la preuve des faits sur lesquels elle fonde ses chefs de demande ou ses moyens de défense. À tout moment de la procédure, le tiers neutre peut demander aux parties de fournir des informations supplémentaires et de produire des documents, pièces à conviction ou autres preuves complémentaires, en leur fixant un délai à cet effet.*

*4. Le tiers neutre peut statuer sur sa propre compétence, y compris sur toute exception relative à l'existence ou à la validité de la convention soumettant le litige à une procédure en ligne. À cette fin, une clause de règlement des litiges faisant partie d'un contrat est considérée comme une convention distincte des autres clauses du contrat. La constatation de la nullité du contrat par une [décision] [sentence] du tiers neutre n'entraîne pas de plein droit la nullité de la clause de règlement des litiges.*"

*Remarques*

*Paragraphe 2*

68. À la vingt-troisième session du Groupe de travail, il a été estimé que grâce aux nouvelles technologies, les audiences par visioconférence pourraient être rapides et peu onéreuses, même par rapport aux procédures se déroulant entièrement sur pièces, et que le règlement de procédure pourrait par conséquent prévoir la possibilité d'organiser des audiences à titre exceptionnel, étant souligné toutefois qu'il faudrait se pencher sur la question des coûts associés à la tenue d'audiences. C'est notamment pour cette raison qu'un appui a été exprimé en faveur de l'avis selon lequel le règlement de procédure devrait être orienté vers l'avenir pour pouvoir prendre en compte toute évolution que les technologies et la pratique seraient susceptibles de connaître dans un futur lointain (A/CN.9/721, par. 22). Eu égard à ce qui précède, le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager d'inclure le texte entre crochets: [*sauf décision contraire du tiers neutre*] afin de laisser ouverte la possibilité pour le tiers neutre de recourir aux technologies mentionnées ci-dessus.

## 5. [Médiation et arbitrage]

69. **Projet d'article 8 (Médiation)**

"*Le tiers neutre évalue le litige sur la base des informations présentées et communique avec les parties pour essayer de parvenir à un accord. Si les parties s'accordent, la procédure de résolution du litige en ligne est [automatiquement] close. Si les parties ne parviennent pas à un accord, [OPTION 1: l'administrateur de procédures en ligne demande promptement au tiers neutre de rendre une décision.] [OPTION 2: chaque partie peut demander au tiers neutre de rendre une décision.] [OPTION 3: les parties peuvent choisir d'accéder à la phase suivante (aux phases suivantes) de la procédure.]*"

*Remarques*

70. Le paragraphe actuel contient des options concernant le passage de la médiation à la phase suivante de la procédure. La première option suppose que les parties sont convenues de participer à toutes les phases de la procédure en ligne et donc l'administrateur de procédures en ligne déclenche rapidement la phase

suivante. Dans les deuxième et troisième options, c'est une des parties qui demande le passage à la phase suivante, l'hypothèse étant qu'une telle demande – et son acceptation par l'autre partie – valent consentement à participer à la phase suivante.

71. Le Groupe de travail souhaitera peut-être également examiner si une médiation devrait prendre fin par la conclusion d'un accord dans tous les cas ou lorsqu'une partie la demande.

### 6. Décision par le tiers neutre

72. **Projet d'article 9 ([Prononcé de la] [Communication de la] [décision] [sentence])**

"*1. Le tiers neutre rend une [décision] [sentence] promptement et, en tout état de cause, dans les [sept (7)] jours [calendaires] après que les parties lui ont soumis leurs conclusions finales. L'administrateur de procédures en ligne communique la [décision] [sentence] aux parties. Le non-respect de ce délai ne constitue pas un motif de contestation de la [décision] [sentence].*

*2. La [décision] [sentence] est rendue par écrit, signée par le tiers neutre, et porte mention de la date à laquelle elle a été rendue.*

*3. La [décision] [sentence] est définitive et s'impose aux parties. Les parties exécutent sans délai la [décision] [sentence].*

*4. Dans les [cinq (5)] jours [calendaires] qui suivent la réception de la [décision] [sentence], une partie peut, moyennant notification à l'autre, demander au tiers neutre de rectifier dans le texte de la [décision] [sentence] toute erreur de calcul, toute erreur matérielle ou typographique, ou toute erreur ou omission de même nature. Si le tiers neutre considère que la demande est justifiée, il fait la rectification dans les [deux (2)] jours [calendaires] qui suivent la réception de la demande. Ces rectifications [sont faites par écrit et] font partie intégrante de la [décision] [sentence].*

*5. Dans tous les cas, le tiers neutre statue conformément aux stipulations du contrat, en ayant égard aux circonstances et faits pertinents, et tient compte de tout usage du commerce applicable à l'opération.*"

*Remarques*

*Paragraphe 1*

73. Il est prévisible que le tiers neutre demande une prolongation du délai dans lequel il doit rendre sa décision. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il faut prévoir des dispositions sur ce point.

74. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si le projet d'article 9 devrait contenir un paragraphe sur la publication de la décision par le tiers neutre ou l'administrateur de procédures en ligne.

*Paragraphe 5*

75. La question du droit applicable sera examinée lors d'une prochaine session du Groupe de travail.

### 7. Autres dispositions

76. **Projet d'article 10 (Langue de la procédure)**

"*[La procédure de résolution du litige en ligne est conduite dans la même langue que celle utilisée dans l'opération litigieuse, à moins que les parties ne soient convenues d'une autre langue.] [Si les parties ne s'entendent pas sur la langue de la procédure, celle-ci est déterminée par le tiers neutre.]*"

*Remarques*

77. Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que dans certaines situations, la langue utilisée dans une opération peut être différente pour le vendeur et pour l'acheteur selon leurs lieux de situation respectifs. Par exemple, un vendeur peut avoir accès à un site Web de vente dans une langue alors que le site Web change automatiquement de langue selon le protocole d'Internet (IP) de l'acheteur, qui reflète le lieu de situation de ce dernier et la langue qui y est communément utilisée. En pareil cas, identifier "la même langue que celle utilisée dans l'opération" pourrait s'avérer problématique.

78. Un argument habituellement avancé contre le choix de la langue de l'opération comme langue de la procédure consiste à dire que le degré de compréhension d'une langue nécessaire pour conclure une opération peut être différent de celui qu'il convient d'avoir pour faire valoir ses droits. Grâce à la technologie, on peut surmonter ce genre de problèmes linguistiques et les utilisateurs peuvent soumettre une demande même lorsqu'ils ne comprennent que très peu la langue de la plate-forme de procédure de résolution de litiges en ligne.

79. Le projet d'article 10 reprend la proposition faite par le Groupe de travail, selon laquelle lorsque les parties ne s'entendent pas sur la langue de la procédure, cette question pourrait être laissée à la libre appréciation du tiers neutre (A/CN.9/716, par. 105). Dans ce cas, le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager la façon dont la langue de la procédure doit être déterminée avant l'intervention du tiers neutre.

80. **Projet d'article 11 (Représentation)**

"*Une partie peut se faire représenter ou assister par une ou plusieurs personnes de son choix. Les noms et adresses de cette ou ces personnes [et le mandat de représentation] doivent être communiqués à l'autre partie par l'intermédiaire de l'administrateur de procédures en ligne.*"

81. **Projet d'article 12 (Exonération de responsabilité)**

"*Sauf en cas de faute intentionnelle, les parties renoncent à toute action contre le tiers neutre, l'administrateur de procédures en ligne [et toute autre personne impliquée dans la procédure de résolution du litige en ligne] pour un acte ou une omission en rapport avec cette procédure.*"

*Remarques*

82. Le projet d'article 12 traite de la question de l'exonération de responsabilité des personnes impliquées dans la procédure en ligne. Il est semblable à l'article 16 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, avec les modifications nécessaires.

83. Pour la discussion sur les personnes ou les acteurs impliqués dans la procédure en ligne, voir le document A/CN.9/WG.III/WP.110.

84. **Projet d'article 13 (Frais)**

"*Le tiers neutre ne rend aucune [décision] [sentence] sur les frais et chaque partie supporte ses propres frais.*"

*Remarques*

85. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si, dans le cas où le demandeur obtient gain de cause à l'issue d'une procédure en ligne dans laquelle le tiers neutre est impliqué, ses frais d'enregistrement devraient être payés par la partie qui succombe.

86. Pour la discussion sur le financement des administrateurs de procédures en ligne et sur les honoraires perçus par ces derniers, voir le document A/CN.9/WG.III/WP.110.

## C. Note du Secrétariat sur le règlement des litiges en ligne dans les opérations internationales de commerce électronique: questions à examiner en concevant un cadre mondial pour le règlement des litiges en ligne, soumise au Groupe de travail III (Règlement des litiges en ligne) à sa vingt-quatrième session (A/CN.9/WG.III/WP.110)

**[Original: anglais]**

### TABLE DES MATIÈRES


*Paragraphes*

I. Introduction . . . 1-3

II. Règlement des litiges en ligne dans les opérations électroniques internationales: questions à examiner en concevant un cadre mondial pour le règlement des litiges en ligne . . . 4-50

A. Cadre mondial de règlement des litiges en ligne . . . 4-8

1. Élaboration d'un cadre mondial de règlement des litiges en ligne . . . 4

2. Éléments constitutifs du cadre de règlement des litiges en ligne . . . 5-8

B. Procédure de règlement des litiges en ligne . . . 9-12

C. L'administrateur de procédures et la plate-forme de règlement des litiges en ligne . . . 13-15

1. L'administrateur de procédures en ligne . . . 13-14

2. Communications entre l'administrateur de procédures en ligne et la plate-forme de règlement des litiges en ligne . . . 15

D. Tiers neutres . . . 16-18

E. Utilisateurs de services de règlement des litiges en ligne . . . 19

F. Exécution internationale . . . 20-49

1. Exécution d'accords issus d'une conciliation en ligne menée en vertu de la Convention de New York . . . 21-23

2. Exécution de sentences arbitrales rendues à l'issue de procédures de règlement de litiges en ligne . . . 24-34

3. Applicabilité de la Convention de New York . . . 35-46

4. Moyens d'encourager le respect par les parties . . . 47-49

G. Loi applicable . . . 50

# I. Introduction

1. À sa quarante-troisième session (New York, 21 juin-9 juillet 2010), la Commission est convenue de créer un groupe de travail chargé d'entreprendre des travaux sur la question du règlement des litiges en ligne dans les opérations internationales de commerce électronique, notamment les opérations entre entreprises et les opérations entre entreprises et consommateurs. Il a également été convenu que la forme de la norme juridique à élaborer serait arrêtée une fois que la question aurait été examinée plus avant[1]. À sa quarante-quatrième session (Vienne, 27 juin-8 juillet 2011), la Commission a réaffirmé que le mandat du Groupe de travail portait sur le règlement en ligne des litiges relatifs aux opérations électroniques internationales, notamment les opérations entre entreprises et les opérations entre entreprises et consommateurs.

2. À ses vingt-deuxième (Vienne, 13-17 décembre 2010) et vingt-troisième (New York, 23-27 mai 2011) sessions, le Groupe de travail a examiné le sujet du règlement des litiges en ligne et demandé au Secrétariat, sous réserve des ressources disponibles, d'entreprendre des travaux de recherche et d'établir divers documents se rapportant à un cadre de règlement des litiges en ligne (A/CN.9/716, par. 115 et A/CN.9/721, par. 140).

3. La présente note contient des observations générales sur le cadre de règlement des litiges en ligne dans son ensemble et traite une série de questions concernant les éléments qui le composent, notamment la procédure de règlement des litiges en ligne, l'administrateur de procédures en ligne, la plate-forme de règlement des litiges en ligne, les tiers neutres, les questions de droit applicable et l'exécution internationale des décisions.

# II. Règlement des litiges en ligne dans les opérations électroniques internationales: questions à examiner en concevant un cadre mondial pour le règlement des litiges en ligne

## A. Cadre mondial de règlement des litiges en ligne

### 1. Élaboration d'un cadre mondial de règlement des litiges en ligne

4. Plusieurs questions intéressant la conception d'un cadre de règlement des litiges en ligne pourraient avoir une incidence sur l'élaboration d'un règlement de procédure et de documents complémentaires:

a) Les principaux acteurs d'un cadre mondial de règlement des litiges en ligne identifiés à ce jour sont les administrateurs de procédures en ligne, la plate-forme de règlement des litiges en ligne, les utilisateurs de services de règlement des litiges en ligne, les tiers neutres et éventuellement les personnes assurant l'exécution des décisions rendues. Le Groupe de travail voudra peut-être

---

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), par. 257.

examiner s'il convient de prendre en compte d'autres acteurs et quelle relation ils auraient avec les autres acteurs;

b) Il convient d'examiner si le cadre de règlement des litiges en ligne fonctionnerait aux niveaux mondial, régional ou national ou selon une combinaison de ces trois niveaux;

c) Il convient de déterminer s'il y aurait un seul administrateur mondial de procédures en ligne ou plusieurs administrateurs intervenant aux niveaux international, régional ou national. Une fois réglé ce point, les questions suivantes devraient être examinées:

i) S'il y a un seul administrateur mondial de procédures en ligne, gèrera-t-il une ou plusieurs plates-formes de règlement de litiges en ligne?

ii) S'il y a plusieurs administrateurs de procédures en ligne, chaque administrateur gèrera-t-il sa propre plate-forme, ou un administrateur pourra-t-il recourir aux services d'une plate-forme gérée par un autre administrateur? Dans ce cas, comment l'interopérabilité pourra-t-elle être assurée?

iii) S'il y a plusieurs administrateurs de procédures en ligne, les utilisateurs pourront-ils choisir celui auquel ils s'adressent? Si oui, sur quelle base? Comment des règles de fonctionnement communes à l'ensemble des administrateurs seront-elles maintenues?

d) Le cadre mondial de règlement des litiges en ligne fonctionnera-t-il avec une seule plate-forme centralisée ou plusieurs plates-formes?

### 2. Éléments constitutifs du cadre de règlement des litiges en ligne

5. Conformément aux décisions prises par le Groupe de travail à ses vingt-deuxième et vingt-troisième sessions, il est prévu que le cadre de règlement des litiges en ligne se compose d'un règlement de procédure (le "Règlement") et d'un autre document le complétant. Le Règlement régira les modalités d'ouverture, de conduite et de clôture de la procédure. Le document complémentaire pourrait prendre la forme de lignes directrices destinées aux administrateurs de procédures en ligne et aux autres acteurs. Il pourrait traiter de différents aspects non couverts par le Règlement et pouvant nécessiter un traitement différent pour chaque administrateur, tels que les frais, la définition des jours calendaires, les réponses aux objections à la nomination des tiers neutres ainsi qu'un code de conduite et les exigences minimales applicables aux tiers neutres.

6. Des documents importants autres que le Règlement et nécessaires au cadre de règlement des litiges en ligne traitent de la façon dont les décisions sont rendues et exécutées. Des principes juridiques de fond pour le règlement des litiges peuvent renvoyer à des principes généraux sur lesquels les tiers neutres pourraient fonder leurs décisions. Un mécanisme international d'exécution règlerait le problème de l'exécution de la décision ou de l'accord.

7. Il serait peut-être judicieux que d'autres documents pertinents concernant l'accréditation des administrateurs de procédures en ligne, leurs règles de fonctionnement, les exigences fonctionnelles d'une plate-forme de règlement des litiges en ligne, les normes d'interopérabilité des plates-formes et d'autres questions

connexes soient traités aux niveaux national ou régional auquel sera établi le cadre de règlement de litiges en ligne.

8. Plusieurs questions se posent:

a) Lesquels de ces documents le Groupe de travail devrait-il élaborer dans le cadre de son mandat?

b) Les documents complémentaires devraient-ils être joints en annexe au Règlement ou se présenter comme des documents distincts (A/CN.9/721, par. 53)? Dans le premier cas, comment fera-t-on en sorte que les utilisateurs des services de règlement des litiges en ligne soient bien informés des documents distincts lorsqu'ils conviennent de recourir au Règlement?

## B. Procédure de règlement des litiges en ligne

9 Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le Règlement prévoit plusieurs phases dans le règlement d'un litige: la négociation et la médiation, qui constituent la phase consensuelle, puis la phase d'arbitrage, où un tiers neutre rend une décision qui s'impose aux parties.

10. À sa vingt-troisième session, le Groupe de travail a noté qu'il pouvait y avoir deux façons d'organiser une procédure de règlement des litiges en ligne.

11. Dans le premier cas, ces phases peuvent être vues comme les parties d'une seule procédure obligatoire, que les parties sont tenues de suivre dans l'ordre prescrit. Dans le deuxième cas, les parties peuvent entamer le processus à n'importe quel stade, par exemple en recourant directement à l'arbitrage pour obtenir d'un tiers neutre une décision définitive et contraignante (A/CN.9/721, par. 23).

12. Plusieurs questions se posent concernant la configuration de la procédure de règlement des litiges en ligne:

a) La procédure devrait-elle consister en trois phases (comme c'est le cas actuellement) ou en deux phases, à savoir une phase consensuelle et une phase obligatoire?

b) Le demandeur devrait-il pouvoir entamer le processus de règlement de litige en ligne à la phase de son choix et, si oui, à quel moment doit-il faire ce choix?

c) Un administrateur de procédures en ligne devrait-il être autorisé à ne proposer des services que pour certaines phases de la procédure (A/CN.9/721, par. 90)?

d) La phase de négociation devrait-elle comporter des types de négociation plus spécifiques, tels que la négociation automatique et la négociation assistée?

e) Le Règlement devrait-il envisager la possibilité de soumettre des demandes reconventionnelles? Cette possibilité nuirait-elle à l'efficacité de la procédure?

f) Si une partie refuse de prendre part à la négociation, à quel moment l'autre partie pourrait-elle imposer le passage à la phase de médiation?

g) Comment le passage de la phase de négociation à celle de médiation serait-il déclenché?

## C. L'administrateur de procédures et la plate-forme de règlement des litiges en ligne

### 1. L'administrateur de procédures en ligne

13. La conception d'un cadre mondial pour le règlement des litiges en ligne est étroitement liée à la définition et à la fonction de l'administrateur de procédures en ligne et de la plate-forme de règlement des litiges en ligne. Plusieurs questions se posent notamment concernant le rôle, la fonction, la sélection, l'accréditation et le financement de l'administrateur de procédures en ligne, et la relation qu'il aura avec la plate-forme de règlement des litiges en ligne et (éventuellement) avec une autorité nationale de protection des consommateurs:

a) Comment les administrateurs de procédures en ligne fonctionneront-ils et seront-ils financés?

b) Le lieu d'établissement de l'administrateur de procédures en ligne sera-t-il pertinent?

c) Comment les administrateurs de procédures en ligne seront-ils agréés et autorisés à exercer, et comment les affaires leur seront-elles confiées ou attribuées?

d) L'administrateur de procédures en ligne sera-t-il choisi par le demandeur déposant sa notification ou par une entité tierce telle qu'une autorité nationale de protection des consommateurs? Dans ce dernier cas, quels seront le rôle et le statut de l'entité tierce?

e) Quels honoraires les administrateurs de procédures en ligne percevront-ils, le cas échéant, pour leurs services (voir A/CN.9/716, par. 109 à 111)?

14. Des questions se posent concernant l'autorité, la responsabilité et les obligations qu'aura un administrateur de procédures en ligne durant la procédure de règlement des litiges en ligne:

a) Quel degré d'autorité sera accordé à l'administrateur de procédures en ligne? Certaines décisions telles que le caractère tardif d'une soumission, la prorogation d'un délai ou les objections à la nomination des tiers neutres nécessiteront vraisemblablement son intervention. Comment le cadre de règlement des litiges en ligne envisagera-t-il la surveillance de cette intervention?

b) Si le règlement de procédure pour le règlement des litiges en ligne permet la prorogation du délai de soumission de la réponse et si l'administrateur de procédures en ligne rejette une demande de prorogation, l'administrateur de procédures en ligne devrait être tenu de motiver dûment son rejet;

c) L'administrateur de procédures en ligne devrait-il être chargé de superviser l'exécution de l'accord ou de la décision? Si oui, comment?

### 2. Communications entre l'administrateur de procédures en ligne et la plate-forme de règlement des litiges en ligne

15. La principale question qui se pose est celle de la relation entre l'administrateur de procédures en ligne et la plate-forme de règlement des litiges en ligne, cette relation dépendant de la façon dont ces deux entités sont définies et de la nature de leurs tâches. Il convient de noter que quelle que soit la manière dont sera défini le flux des communications reçues et échangées par l'administrateur et la plate-forme, le Règlement devra en tenir compte pour permettre un processus rapide et efficace. Une fois arrêtées les définitions et les tâches, diverses questions liées au flux des communications pourront être examinées.

## D. Tiers neutres

16. Les tiers neutres sont des acteurs importants du cadre de règlement des litiges en ligne, leur rôle étant de les trancher. Plusieurs questions liées aux tiers neutres touchent la régularité de la procédure du cadre de règlement des litiges en ligne.

17. Plusieurs questions se posent concernant le choix des tiers neutres:

a) Comment les tiers neutres seront-ils choisis?

b) Comment seront-ils accrédités ou réaccrédités? Faut-il limiter la durée de leur mandat ou de la prorogation de celui-ci?

c) Qui doit être chargé de procéder à l'accréditation?

d) Les parties peuvent-elles contester la nomination d'un tiers neutre? Sur quelle base une telle contestation pourra-t-elle être rejetée?

e) Y aura-t-il une liste globale des tiers neutres tenue par un seul administrateur de procédures en ligne ou plusieurs listes tenues par plusieurs administrateurs?

f) S'il s'agit d'une liste globale, qui sera habilité à la modifier, notamment à y ajouter ou à en exclure des tiers neutres?

18. Questions ayant trait aux pouvoirs des tiers neutres:

a) Un tiers neutre pourra-t-il être chargé d'une affaire lors des deux phases, de médiation et d'arbitrage?

b) Si un tiers neutre doit décider de la langue de la procédure, quelles indications de l'administrateur pourraient régir sa décision?

c) Si un délai supplémentaire est accordé au tiers neutre pour se prononcer, existe-t-il une règle garantissant qu'il rendra sa décision en temps voulu?

## E. Utilisateurs de services de règlement des litiges en ligne

19. Sur le marché actuel du commerce électronique, il est souvent difficile de déterminer si les acheteurs et les vendeurs sont des consommateurs ou des entreprises, si bien que les utilisateurs de services de règlement des litiges en ligne peuvent être l'un ou l'autre. À sa quarante-quatrième session (Vienne, 27 juin-8 juillet 2011), la Commission a confirmé que le mandat du Groupe de

travail portait sur le règlement en ligne des litiges relatifs aux opérations électroniques internationales, entre entreprises et entre entreprises et consommateurs. Elle a décidé que le Groupe de travail devait être libre de considérer que ce mandat recouvre également les opérations entre consommateurs et d'élaborer si nécessaire des règles éventuelles régissant les relations entre eux, mais qu'il devait être particulièrement attentif à la nécessité de ne pas évincer les législations visant à leur protection[2]. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le Règlement a été rédigé de manière générique, de manière à s'appliquer aux opérations entre entreprises et entre entreprises et consommateurs, à condition qu'elles portent sur de faibles montants, conformément aux orientations données par la Commission, selon lesquelles les travaux devaient porter sur le règlement des litiges en ligne dans les opérations internationales de commerce électronique, notamment les opérations entre entreprises et les opérations entre entreprises et consommateurs[3].

## F. Exécution internationale

20. L'exécution dans le contexte du règlement des litiges en ligne peut désigner l'exécution d'un accord conclu par les parties à l'issue d'une conciliation menée sous la forme d'une négociation ou d'une médiation en ligne, ou l'exécution de décisions arbitrales rendues dans le cadre du règlement des litiges en ligne en vertu de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958 ("Convention de New York"). Un des avantages du règlement des litiges en ligne étant d'éviter une procédure longue et coûteuse devant le tribunal d'un État étranger, il peut s'avérer utile d'éviter l'exécution judiciaire en étudiant d'autres mécanismes visant à encourager le respect des décisions par les parties. On trouvera ci-après une première analyse des questions liées à l'exécution, sujet sur lequel des notes plus détaillées seront présentées ultérieurement au Groupe de travail pour examen.

### 1. Exécution d'accords issus d'une conciliation en ligne menée en vertu de la Convention de New York

21. La CNUDCI a examiné la question de l'exécution d'accords issus de la conciliation lorsqu'elle a adopté sa Loi type sur la conciliation commerciale internationale ("Loi type sur la conciliation"). Lors des travaux préparatoires la Commission est convenue, dans son ensemble, qu'il fallait promouvoir l'exécution facile et rapide des accords issus d'une conciliation. Cependant, il a été reconnu que les méthodes permettant d'assurer cette exécution accélérée variaient énormément d'un système juridique à l'autre et dépendaient des mécanismes du droit procédural interne, qu'il est difficile d'harmoniser au moyen d'une législation uniforme.

22. L'article 14 de la Loi type sur la conciliation laisse donc les questions de l'exécution, des moyens de défense opposables à l'exécution et de la désignation des juridictions étatiques (ou autres autorités auprès desquelles l'exécution d'un accord issu d'une conciliation pourrait être demandée) au droit interne applicable ou

---

[2] Ibid.

[3] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), par. 257.

aux dispositions qui seront énoncées dans les textes législatifs incorporant la Loi type sur la conciliation. De nombreux praticiens ont fait valoir que la conciliation serait plus attrayante si un accord conclu durant celle-ci bénéficiait d'un régime d'exécution accélérée ou était, aux fins de son exécution, assimilé ou quasiment assimilé à une sentence arbitrale. Le Guide pour l'incorporation dans le droit interne et l'utilisation de la Loi type sur la conciliation ("Guide pour l'incorporation") donne des exemples des divers traitements réservés dans les différents pays aux accords issus d'une conciliation. Comme le souligne le Guide pour l'incorporation, il n'existe pas de solution harmonisée en matière d'exécution de ces accords, qu'ils soient conclus en ligne ou hors ligne.

23. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la question de savoir si le fait qu'un accord issu de la conciliation est conclu en ligne pose des questions spécifiques quant à son exécution.

### 2. Exécution de sentences arbitrales rendues à l'issue de procédures de règlement de litiges en ligne

24. À la vingt-deuxième session du Groupe de travail, il a été généralement convenu que les décisions arbitrales rendues dans le cadre du règlement des litiges en ligne devraient être définitives et contraignantes, aucun appel ne pouvant être fait sur le fond du litige, et devraient être exécutées dans un délai court (A/CN.9/716, par. 99). À sa vingt-troisième session, le Groupe de travail s'est interrogé sur la question de savoir si la Convention de New York était adaptée et applicable aux sentences arbitrales rendues à l'issue de procédures de règlement de litiges en ligne (A/CN.9/721, par. 18 et 19).

#### a) Remarques générales concernant la Convention de New York et la Convention sur les communications électroniques

25. La Convention de New York établit des normes législatives communes pour la reconnaissance des conventions d'arbitrage ainsi que la reconnaissance et l'exécution par les tribunaux étatiques des sentences étrangères et des sentences non nationales. Elle ne définit pas la notion de sentence, ni la forme de la sentence.

26. La Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux (la "Convention sur les communications électroniques") adopte le principe de l'équivalence fonctionnelle en énonçant les critères en vertu desquels les communications électroniques peuvent être considérées comme équivalentes aux communications papier. Elle définit notamment les exigences particulières auxquelles doivent satisfaire les communications électroniques pour atteindre les mêmes objectifs et remplir les mêmes fonctions que certaines notions du système papier traditionnel, tels que la notion d'"écrit", d'"original", de "signature" et "d'enregistrement".

27. Si l'on se fonde sur la législation nationale portant équivalence fonctionnelle entre documents papier et communications électroniques et entre signatures manuelles et électroniques, ou sur une interprétation extensive des dispositions de la Convention de New York, une sentence électronique devrait être considérée comme remplissant les conditions de forme. Une sentence arbitrale en ligne est donc susceptible d'être exécutée par un tribunal étatique, qu'elle se présente sous la forme d'une version imprimée revêtue de la signature manuscrite des arbitres et

notifiée aux parties sur papier, ou sous la forme d'un document électronique signé et notifié aux parties par voie électronique.

**b) Remarques générales sur la convention d'arbitrage**

28. La convention d'arbitrage est un aspect important du cadre de règlement des litiges en ligne, puisque le lieu de l'arbitrage – de même que les modalités et le moment de la conclusion de la convention d'arbitrage – influe sur l'exécution des décisions rendues dans le cadre du règlement de litiges en ligne et sur la question de l'applicabilité de la Convention de New York aux affaires soumises au règlement des litiges en ligne. La détermination du lieu de l'arbitrage peut aussi avoir une incidence sur la question du droit applicable (voir A/CN.9/716, par. 89 à 96: examen du lieu de l'arbitrage).

**c) Convention d'arbitrage en ligne conclue par l'entreprise (Recommandation de la CNUDCI)**

29. L'article II-2 de la Convention de New York, qui décrit la forme que peut prendre une convention d'arbitrage, mentionne divers moyens de communication mais ne fait pas spécifiquement référence aux documents électroniques. L'article 20-1 de la Convention sur les communications électroniques précise que les dispositions de la Convention s'appliquent à l'utilisation de communications électroniques en rapport avec la formation ou l'exécution d'un contrat auquel s'applique la Convention de New York. La Convention sur les communications électroniques dispose qu'un document électronique est l'équivalent fonctionnel d'un document papier et satisfait donc à l'exigence de la forme écrite. La validité ou la force exécutoire d'un tel document ne peuvent être contestées (art. 8-1), sous réserve qu'il reste accessible pour être consulté ultérieurement (art. 9-2).

30. La Convention sur les communications électroniques rend les conventions d'arbitrage et clauses compromissoires conclues par voie électronique valables en vertu de la Convention de New York. Les clauses compromissoires des contrats en ligne entre entreprises seraient donc reconnues comme valables dans les États parties à la Convention de New York et à la Convention sur les communications électroniques.

31. Par ailleurs, la Commission a adopté à sa trente-neuvième session, en 2006, une Recommandation sur l'interprétation de l'article II-2 et de l'article VII-1 de la Convention de New York (la "Recommandation")[4]. Celle-ci a été rédigée compte tenu de l'utilisation de plus en plus étendue du commerce électronique, ainsi que des lois internes et de la jurisprudence, plus favorables que la Convention de New York à l'égard de l'exigence de forme régissant les conventions d'arbitrage, les procédures d'arbitrage et l'exécution des sentences arbitrales. Elle encourage les États à appliquer le paragraphe 2 de l'article II de la Convention en "reconnaissant que les cas s'y trouvant décrits ne sont pas exhaustifs". Elle engage les États à adopter la version révisée de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985), telle que modifiée en 2006 ("Loi type sur l'arbitrage"). Les deux options de la version révisée de l'article 7 établissent un

---

[4] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 17* (A/61/17), annexe 2.

régime plus favorable à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales que celui prévu par la Convention de New York.

32. Dans ce contexte, une clause compromissoire sous forme électronique figurant dans une convention dite "d'achat au clic" (case "j'accepte") entre entreprises et consommateurs peut être considérée comme répondant aux conditions de forme écrite au regard des lois nationales incorporant l'article 7-2 de la Loi type sur l'arbitrage, puisqu'un formulaire électronique peut être utilisé pour produire un document.

#### d) Convention d'arbitrage en ligne conclue par le consommateur

33. Le champ d'application de la Convention sur les communications électroniques ne s'étend pas aux contrats de consommation, l'article 2-1 a) excluant les "contrats conclus à des fins personnelles, familiales ou domestiques". La question se pose donc de savoir si une convention d'arbitrage conclue par voie électronique par un consommateur est valable en vertu de la Convention de New York.

34. Les conditions de validité des conventions entre entreprises et consommateurs peuvent être plus strictes que celles des conventions entre entreprises. La question de savoir si une clause compromissoire en ligne entre entreprises et consommateurs satisfait à la condition de la forme écrite visée à l'article II-2 de la Convention de New York demeure donc une source d'incertitude juridique tant pour les consommateurs que pour les entreprises. À ce jour, aucune jurisprudence concernant un consommateur dans une procédure d'exécution en vertu de la Convention de New York n'a été trouvée.

### 3. Applicabilité de la Convention de New York

#### a) Article VII de la Convention de New York

35. Conformément au principe de la "loi la plus favorable" posé au paragraphe 1 de l'article VII de la Convention de New York, "toute partie intéressée" devrait être autorisée à "se prévaloir des droits qu'elle pourrait avoir, en vertu de la législation ou des traités du pays où une convention d'arbitrage est invoquée, de demander que soit reconnue la validité de cette convention".

36. À la vingt-deuxième session du Groupe de travail, il a été noté que s'il devait être élaboré une norme de règlement des litiges en ligne en vertu de laquelle une partie disposerait d'un mécanisme spécifique pour faire exécuter une sentence arbitrale, l'article VII-1 de la Convention de New York pourrait autoriser le recours à ce mécanisme d'exécution et les problèmes liés à l'exécution par le biais d'autres dispositions de la Convention de New York pourraient donc être évités (A/CN.9/716, par. 100).

37. Les tribunaux de nombreux États ont établi une position claire pour ce qui est des circonstances dans lesquelles l'article VII-1 pouvait être appliqué pour valider des conventions d'arbitrage qui autrement ne rempliraient pas l'exigence de forme énoncée à l'article II-2. L'avantage d'appliquer l'article VII-1 serait d'éviter d'appliquer l'article II-2 et, du fait que les États adopteraient des dispositions plus favorables sur les exigences de forme pour les conventions d'arbitrage, de permettre

l'élaboration de règles favorisant la validité des conventions d'arbitrage dans un plus large éventail de situations.

38. Il peut donc dans une certaine mesure être utile de s'appuyer sur l'article VII-1 pour écarter l'incertitude quant à la force exécutoire des clauses compromissoires en ligne en vertu de l'article II-2 de la Convention de New York. L'article VII-1 peut aussi être utilisé si un cadre spécifique d'exécution des sentences en ligne est défini.

**b) Conditions de forme: authentification et certification d'une sentence en vertu de l'article IV de la Convention de New York**

39. L'article IV-1 de la Convention de New York exige l'original ou une copie certifiée conforme de la sentence et de la convention d'arbitrage. La Convention sur les communications électroniques définit en son article 9-4 l'original d'un document électronique.

40. Pour ce qui est des signatures, lorsque la loi exige qu'une communication ou un contrat soit signé par une partie, la Convention sur les communications électroniques détermine en son article 9-3 les conditions dans lesquelles cette exigence est satisfaite.

41. L'article IV de la Convention de New York prévoit que des copies certifiées doivent être produites pour garantir que les documents fournis ont bien été rédigés par l'auteur présumé (authenticité) et que leur contenu est bien celui rédigé à l'origine par l'auteur (intégrité du contenu).

42. Il peut être remédié au non-respect de la condition visée à l'article IV après que la demande d'exécution a été déposée. Si le tribunal d'exécution exige des copies papier, la partie demandant l'exécution devrait pouvoir les obtenir auprès des arbitres.

**c) Reconnaissance et exécution de sentences arbitrales en application de l'article V de la Convention de New York**

43. Article V-1 a) – non-validité de la convention d'arbitrage. Les conditions de validité matérielle de la convention d'arbitrage sont régies par "la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'une indication à cet égard, la loi du pays où la sentence a été rendue" (article V-1 a)). Une des principales questions à examiner est celle de savoir si les parties ont consenti à l'arbitrage. Cette question est laissée au droit interne applicable, et les conventions d'arbitrage en ligne ne poseront pas nécessairement de questions spécifiques. Pour ce qui est des conventions entre entreprises et consommateurs, la question est de savoir si ces conventions d'arbitrage, conclues ou non avant la survenance du litige, sont reconnues comme valables selon les lois nationales applicables. Cette question a suscité des réponses différentes selon les pays et il n'y a pas d'approche harmonisée en la matière.

44. Article V-1 e) – sentence arbitrale non encore obligatoire. Une question à examiner est celle de savoir si la partie perdante peut s'opposer à l'exécution au motif que la sentence n'est pas encore devenue obligatoire parce qu'elle a été signifiée par voie électronique (c'est-à-dire parce que la partie perdante n'a pas été informée de la sentence de la manière prévue par la Convention). Même si la Convention de New York n'exige pas de notification de la sentence, on pourrait estimer que la notion même de sentence obligatoire exige une notification. De

même, les lois nationales applicables régissant les sentences peuvent tout à fait subordonner la force obligatoire d'une sentence à sa notification. Il s'agit donc de trouver des solutions permettant de garantir et de prouver que les sentences rendues en ligne sont notifiées aux parties.

45. Article V-2 a) – arbitrabilité. Une question se pose quant à l'arbitrabilité des litiges impliquant des consommateurs dans le contexte du règlement des litiges en ligne. Cette question a été résolue de manière différente selon les pays et il n'y a pas d'approche harmonisée en la matière.

46. Article V-2 b) – ordre public. L'exécution d'une sentence arbitrale peut aussi être refusée au motif que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public du pays où elle est requise. Par exemple, dans les cas où l'arbitrage est interdit lorsqu'un consommateur est partie à la convention d'arbitrage, l'exécution d'une sentence peut être refusée au motif qu'elle serait contraire à l'ordre public.

### 4. Moyens d'encourager le respect par les parties

47. À la vingt-deuxième session du Groupe de travail, il a été largement estimé que les mécanismes traditionnels de règlement des différends, notamment les procès, trop coûteux et trop fastidieux par rapport au montant de l'opération, ne convenaient pas aux litiges en ligne. Il existait un besoin de régler de manière pratique, rapide, efficace et économique les différends découlant du grand nombre d'opérations de faible valeur effectuées entre entreprises et entre entreprises et consommateurs dans le monde entier.

48. La question a été posée de savoir si le Groupe de travail pourrait concevoir un mécanisme d'application plus simple que celui prévu par la Convention de New York, compte tenu de la faible valeur des opérations concernées et de la nécessité d'un règlement rapide (A/CN.9/716, par. 43). Le débat a porté sur les méthodes qui permettraient une exécution plus pratique et plus rapide que celle visée dans la Convention de New York. Une de ces options consistait à insister sur l'utilisation des labels de confiance et à compter sur le fait que les commerçants respectent leurs obligations en cette matière. Une autre était d'exiger la certification des commerçants, qui s'engageraient à respecter les décisions rendues à leur encontre dans le cadre du règlement de litiges en ligne. À cet égard, il a été dit qu'il serait utile de rassembler des données montrant dans quelle mesure les sentences étaient respectées. Enfin, il a été souligné qu'un processus efficace et rapide de règlement des litiges en ligne contribuerait à ce que les parties respectent les sentences (A/CN.9/716, par. 98).

49. Les mécanismes visant à encourager le respect par les parties restent peut-être le moyen le plus efficace d'assurer l'exécution des sentences arbitrales en ligne. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la mise au point d'autres types de procédures, parallèlement aux procédures juridiques. Les mécanismes d'exécution intégrés tels que les labels de confiance, les systèmes de gestion de la réputation, l'exclusion faite à une partie de continuer à commercialiser, les sanctions pour retard dans l'exécution, le blocage des comptes de garantie bloqués et la rétrofacturation par carte de crédit, sont des solutions possibles qui mériteraient d'être examinées plus avant.

## G. Loi applicable

50. À sa vingt-deuxième session, le Groupe de travail a entamé une discussion sur la question de la loi applicable au règlement des litiges en ligne. On a notamment suggéré que les décisions se fondent sur des principes équitables, des codes de conduite, des règles génériques uniformes ou des ensembles de dispositions de fond, ce qui permettrait d'éviter les problèmes complexes pouvant résulter de l'interprétation des règles concernant la loi applicable (A/CN.9/716, par. 101). À une de ses sessions futures, le Groupe de travail sera saisi d'un document portant sur les questions liées à la loi applicable, tenant compte de ses discussions précédentes sur la question (A/CN.9/715, par. 103).

## D. Rapport du Groupe de travail III (Règlement des litiges en ligne) sur les travaux de sa vingt-cinquième session (New York, 21-25 mai 2012) (A/CN.9/744)

**[Original: anglais]**

**TABLE DES MATIÈRES**


*Paragraphes*

I. Introduction . . . . . 1-5

II. Organisation de la session . . . . . 6-13

III. Délibérations et décisions . . . . . 14

IV. Résolution des litiges en ligne dans les opérations électroniques internationales: projet de règlement de procédure . . . . . 15-130

A. Remarques générales . . . . . 15-17

B. Notes sur le projet de règlement de procédure . . . . . 18-130

1. Dispositions préliminaires (A/CN.9/WG.III/WP.112, préambule, projets d'articles 1 à 3) . . . . . 18-75

2. Ouverture de la procédure (A/CN.9/WG.III/WP.112, projet d'article 4) . 76-77

3. Négociation (A/CN.9/WG.III/WP.112, projet d'article 5) . . . . . 78-90

4. Tiers neutre (A/CN.9/WG.III/WP.112/Add.1, projets d'articles 6 et 7) . . 91-117

5. Médiation et arbitrage (A/CN.9/WG.III/WP.112/Add.1, projet d'article 8) . . . . . 118-130

V. Examen de l'incidence des délibérations du Groupe de travail sur la protection du consommateur; rapport à la Commission . . . . . 131-132

VI. Travaux futurs . . . . . 133


# I. Introduction

1. À sa quarante-troisième session (New York, 21 juin-9 juillet 2010), la Commission était convenue de créer un groupe de travail chargé d'entreprendre des travaux sur la question du règlement des litiges en ligne dans les opérations internationales de commerce électronique, notamment les opérations entre entreprises et les opérations entre entreprises et consommateurs[1]. Elle était également convenue que la forme de la norme juridique à élaborer serait arrêtée une fois que la question aurait été examinée plus avant.

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), par. 257.

2. À sa quarante-quatrième session (Vienne, 27 juin-8 juillet 2011), la Commission avait pris note d'un point soulevé selon lequel, étant donné que le règlement des litiges en ligne était un sujet relativement nouveau pour la CNUDCI et qu'il portait au moins en partie sur des opérations faisant intervenir des consommateurs, le Groupe de travail devait être prudent lors de ses délibérations et garder à l'esprit que la Commission avait demandé à sa quarante-troisième session que ses travaux soient soigneusement définis afin de ne pas porter atteinte aux droits des consommateurs[2]. Par ailleurs, l'avis avait été exprimé que le Groupe de travail ne devait pas perdre de vue la nécessité de mener ses travaux le plus efficacement possible, ce qui supposait qu'il hiérarchise ses tâches et se fixe un délai réaliste pour l'achèvement de ces travaux.

3. À cette même session, la Commission avait confirmé que le mandat du Groupe de travail III portait sur le règlement en ligne des litiges relatifs aux opérations électroniques internationales, entre entreprises et entre entreprises et consommateurs. Elle avait décidé que le Groupe de travail devait être libre de considérer que ce mandat recouvrait également les opérations entre consommateurs et d'élaborer si nécessaire des règles éventuelles régissant les relations entre eux, mais qu'il devait être particulièrement attentif à la nécessité de ne pas évincer les législations visant leur protection. Elle avait également décidé que, d'une manière générale, le Groupe de travail devrait aussi, dans l'exécution de son mandat, examiner avec précision l'impact de ses délibérations sur la protection du consommateur et lui en rendre compte lors de sa prochaine session.

4. À ses vingt-deuxième (Vienne, 13-17 décembre 2010), vingt-troisième (New York, 23-27 mai 2011) et vingt-quatrième (Vienne, 14-18 novembre 2011) sessions, le Groupe de travail avait commencé ses travaux concernant l'élaboration de normes juridiques, en particulier d'un règlement de procédure, sur la résolution des litiges en ligne dans les opérations internationales de commerce électronique.

5. On trouvera dans le document A/CN.9/WG.III/WP.111, aux paragraphes 5 à 14, un historique actualisé de l'examen par la Commission des travaux du Groupe de travail.

# II. Organisation de la session

6. Le Groupe de travail III (Règlement des litiges en ligne), composé de tous les États membres de la Commission, a tenu sa vingt-cinquième session à New York, du 21 au 25 mai 2012. Ont assisté à cette session les représentants des États membres suivants: Allemagne, Autriche, Bénin, Brésil, Cameroun, Canada, Chili, Chine, Colombie, Égypte, El Salvador, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, Inde, Israël, Japon, Kenya, Mexique, Nigéria, Philippines, République de Corée, République tchèque, Sénégal, Singapour, Thaïlande et Venezuela (République bolivarienne du).

7. Ont également assisté à la session des observateurs des États suivants: Croatie, Cuba, Finlande, Indonésie, Iraq, Koweït et Panama.

---

[2] Ibid., *soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), par. 256; et ibid., *soixante-sixième session, Supplément n° 17* (A/66/17), par. 215.

8. Ont également assisté à la session des observateurs du Saint-Siège.

9. Y ont également assisté des observateurs de l'Union européenne.

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

a) *Système des Nations Unies*: Commission économique pour l'Afrique (CEA);

b) *Organisations non gouvernementales internationales*: American Bar Association (ABA), Association arabe pour l'arbitrage international, Association européenne des étudiants en droit (ELSA), Association of the Bar of the State of New York, Center for International Legal Education, Centre de recherche en droit public (CRDP), Chartered Institute of Arbitrators (CIArb), Commission interaméricaine d'arbitrage commercial (CIAC), Concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis, Forum for International Conciliation and Arbitration (FICA), Institut de droit commercial (Penn State Dickinson School of Law), Institute of International Commercial Law, Internet Bar Organization, Lagos Regional Centre for International Commercial Arbitration, Latin American E-Commerce Institute et National Center for Technology and Dispute Resolution (NCTDR).

11. Le Groupe de travail a élu le Bureau suivant:

*Président*: M. Soo-geun OH (République de Corée)

*Rapporteur*: M. Walid Nabil TAHA (Égypte)

12. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants:

a) Ordre du jour provisoire annoté (A/CN.9/WG.III/WP.111);

b) Note du Secrétariat sur la résolution des litiges en ligne dans les opérations internationales de commerce électronique: projet de règlement de procédure (A/CN.9/WG.III/WP.112 et Add.1);

c) Note du Secrétariat sur le règlement des litiges en ligne dans les opérations internationales de commerce électronique: autres questions à examiner en concevant un cadre mondial pour le règlement des litiges en ligne (A/CN.9/WG.III/WP.113);

d) Note présentée par la délégation du Canada contenant une proposition de principes applicables aux tiers neutres et aux administrateurs de procédures de résolution des litiges en ligne (A/CN.9/WG.III/WP.114); et

e) Note présentée par le Center for International Legal Education contenant une analyse et une proposition concernant l'incorporation de principes de fond pour les demandes et les mesures relevant de la résolution des litiges en ligne dans l'article 4 du projet de règlement de procédure.

13. Le Groupe de travail a adopté l'ordre du jour suivant:

1. Ouverture de la session.

2. Élection du Bureau.

3. Adoption de l'ordre du jour.

4. Élaboration de normes juridiques sur la résolution des litiges en ligne.

5. Questions diverses.

6. Adoption du rapport.

# III. Délibérations et décisions

14. Le Groupe de travail a procédé à l'examen du projet de règlement de procédure sur la résolution des litiges en ligne dans les opérations internationales de commerce électronique en se fondant sur les documents A/CN.9/WG.III/WP.112 et Add.1, A/CN.9/WG.III/WP.113, A/CN.9/WG.III/WP.114 et A/CN.9/WG.III/WP.115. Il est rendu compte ci-après de ses délibérations et décisions sur le sujet.

# IV. Résolution des litiges en ligne dans les opérations électroniques internationales: projet de règlement de procédure

## A. Remarques générales

15. On a largement appuyé la proposition selon laquelle le Règlement ne visait pas à provoquer une modification des législations nationales à l'échelle mondiale mais à fournir un moyen pratique – inexistant à ce jour – de résoudre rapidement, simplement et économiquement les litiges internationaux portant sur de faibles montants, pour lesquels il n'était généralement pas réaliste d'engager une action en justice. Il a été dit que cela bénéficierait en général aux consommateurs qui, si le système de résolution des litiges en ligne était équitable et efficace, ne recourraient probablement pas à des tribunaux nationaux pour de telles affaires. On a fait remarquer que les tribunaux annulaient souvent les conventions d'arbitrage conclues par des consommateurs au motif que la procédure d'arbitrage prévue serait coûteuse et complexe pour le consommateur et le placerait donc dans une situation difficile, alors qu'un système de résolution des litiges économique, facile et rapide ne donnerait pas lieu à de telles critiques.

16. Il a été convenu que le Règlement en cours d'élaboration était de nature contractuelle, c'est-à-dire qu'il s'appliquait par convention entre les parties. Il s'imposait donc à elles dans la mesure où la législation interne le permettait, et ne pouvait prévaloir sur les règles de droit impératives au niveau interne. En outre, il a été généralement convenu que le Règlement ne pouvait en fait empêcher les parties de saisir les tribunaux dans les pays où la législation le leur permettait.

17. Le Groupe de travail a pris note des travaux menés par l'Union européenne, en particulier de la proposition de Directive relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et portant modification du règlement et de la proposition de règlement relatif au règlement en ligne des litiges de consommation. Toutefois, il a été souligné que le Groupe de travail visait à mettre au point un système mondial qui puisse être utilisé dans toutes les régions.

## B. Notes sur le projet de règlement de procédure

### 1. Dispositions préliminaires (A/CN.9/WG.III/WP.112, préambule, projets d'articles 1 à 3)

**Projet d'article premier (Champ d'application)**

*Paragraphe 1*

18. Le Groupe de travail a d'abord rappelé ses débats antérieurs sur la question des conventions conclues par des consommateurs avant la naissance du litige. Pour répondre aux différentes préoccupations exprimées précédemment, il a été proposé de libeller le paragraphe 1 du projet d'article premier de la manière suivante, jugée préférable à l'une et l'autre des options:

> "*1. Le Règlement s'applique lorsque les parties à une opération effectuée au moyen de communications électroniques sont convenues, par un consentement éclairé clairement et dûment exprimé − soit au moment de l'opération, soit après la naissance d'un litige, et indépendamment de l'opération − que les litiges portant sur celle-ci seront résolus en ligne conformément au Règlement*."

19. Il a été largement convenu que le paragraphe proposé tenait compte des avis divergents exprimés et qu'il constituait un bon point de départ pour les débats ultérieurs, mais on s'est inquiété de ce qu'il ne suffisait pas pour assurer la protection des consommateurs en vertu de la législation nationale. Il a aussi été souligné que ce libellé ne tenait pas suffisamment compte des préoccupations exprimées au sujet des conventions conclues par des consommateurs avant la naissance du litige.

20. On a fait remarquer que le simple fait, pour un consommateur, d'introduire une demande en application du Règlement pouvait être interprété comme signifiant qu'il acceptait que celui-ci s'applique après la naissance du litige. Si un consommateur était un défendeur, son consentement devrait être démontré à la satisfaction du tiers neutre. Il a été souligné qu'en vertu du projet de règlement, le tiers neutre avait le pouvoir de décider si un consentement de recourir à la résolution des litiges en ligne était valable en l'espèce.

21. Des préoccupations ont été exprimées quant à l'utilisation de l'expression "consentement éclairé", qui était plus courante dans la jurisprudence médico-légale. Il a été craint qu'une partie qui n'aurait pas obtenu gain de cause dans une procédure de résolution des litiges en ligne tente de porter l'affaire devant un tribunal national au motif que son consentement à recourir à la résolution des litiges en ligne n'était pas "éclairé". Il a été noté que dans les pays de *common law*, le consentement éclairé était généralement entendu comme signifiant que le consentement d'un patient à un traitement médical a été obtenu après que ce premier a été informé des risques courus. Or, l'intention de ce paragraphe du Règlement était de faire en sorte qu'une partie sache clairement que lorsqu'elle conclurait un contrat en ligne, elle consentirait à une résolution des litiges en ligne.

22. Des avis ont été exprimés sur la signification de l'expression "consentement éclairé", en particulier quant à savoir si une partie devait être expressément informée de ce qu'elle abandonnait en consentant à recourir au Règlement (par

exemple le droit de saisir un tribunal national). Il a été suggéré de préciser qu'une sentence rendue à l'issue d'une procédure de résolution des litiges en ligne n'empêchait pas d'intenter ultérieurement une action sur une question non couverte par le Règlement, notamment les lésions corporelles ou les dommages indirects. Il a en outre été proposé de remplacer l'expression "consentement éclairé" par un terme plus précis.

23. Il a été suggéré d'exiger que le consentement soit à la fois exprès et éclairé, le premier mot signifiant qu'une partie savait qu'en consentant à recourir à la résolution des litiges en ligne, elle concluait une convention distincte de l'opération en cause, le second mot signifiant qu'elle comprenait la teneur et les effets de cette convention, notamment l'interdiction de recourir au système juridique national (sauf pour des causes d'action non visées par le Règlement) et le caractère définitif et contraignant de l'issue de la procédure de résolution des litiges en ligne, non susceptible d'appel. Des doutes ont été exprimés quant à savoir si la signification des adjectifs "exprès" et "éclairé" était assez claire pour justifier leur présence dans le Règlement.

24. Il a été dit qu'afin de mieux garantir que le consommateur soit clairement informé, il faudrait préciser que la convention de recourir à la résolution des litiges en ligne est un accord distinct de l'opération.

25. Le Groupe de travail a examiné le point de savoir s'il convenait d'inclure des exemples de consentement éclairé dans le commentaire du Règlement ou de définir clairement cette notion dans le Règlement afin de renforcer la sécurité juridique et de favoriser une meilleure compréhension de la part des parties à des opérations commerciales.

26. Compte tenu de ces préoccupations, il a été proposé de remplacer le paragraphe 1 proposé par les deux paragraphes suivants:

> "*1. Le Règlement s'applique lorsque les parties à une opération effectuée au moyen de communications électroniques sont explicitement convenues, soit au moment de l'opération soit après la naissance d'un litige, que les litiges portant sur cette opération et relevant du Règlement sur la résolution des litiges en ligne seront résolus en ligne conformément au Règlement*.
>
> *1* bis. *La convention expresse visée au paragraphe 1 ci-dessus exige une convention distincte de l'opération et une notification en termes simples informant l'acheteur que les litiges concernant l'opération seront résolus en ligne conformément au Règlement sur la résolution des litiges en ligne*."

27. Il a été suggéré ensuite de modifier le second paragraphe de cette proposition en y ajoutant le mot "exclusivement" de sorte qu'il se lise "seront exclusivement résolus". Il a également été suggéré d'inclure le membre de phrase "relevant du Règlement sur la résolution des litiges en ligne" après la deuxième occurrence du mot "opération" au second paragraphe. Plusieurs suggestions ont été formulées tendant à ce que le libellé proposé ne figure pas à l'article premier sur le champ d'application mais ailleurs dans le Règlement, par exemple au projet d'article 2 sur les définitions. Il a également été dit avec insistance que même s'il pourrait être utile d'illustrer cette disposition par des exemples de clauses compromissoires acceptables, il fallait prendre garde à ce que ces exemples ne soient pas considérés

comme une norme à l'aune de laquelle toute forme de consentement relevant du Règlement serait strictement jugée à l'avenir.

28. À l'issue de la discussion, il a été convenu de modifier le projet d'article premier suivant la proposition modifiée, en tenant compte des suggestions mentionnées au paragraphe précédent. Le projet de disposition servirait alors de base à un examen plus approfondi par le Groupe de travail.

29. Le Groupe de travail a examiné une proposition tendant à compléter le projet d'article premier modifié en ajoutant le paragraphe suivant après le paragraphe 1:

> "*Le Règlement ne s'applique pas lorsque la loi de l'État de résidence de l'acheteur prévoit que les conventions de soumettre un litige relevant du Règlement ne lient l'acheteur que si elles ont été conclues après la naissance du litige et si l'acheteur n'a pas conclu une telle convention après la naissance du litige ni confirmé un telle convention conclue au moment des opérations*."

30. Il a été dit que cette proposition prenait en compte les situations des pays où les conventions d'arbitrage conclues par des consommateurs avant la naissance du litige ne liaient pas les consommateurs, afin que le processus de résolution des litiges en ligne se poursuive avec un consentement en bonne et due forme d'y recourir de la part de tous les consommateurs concernés, et n'entre pas en conflit avec la législation nationale pertinente. Il a été fait observer que ce paragraphe épargnerait également les parties à une procédure d'arbitrage lorsque la sentence rendue ne serait pas exécutable dans l'État de résidence habituelle des consommateurs, la législation de cet État ne reconnaissant pas les conventions d'arbitrage conclues par des consommateurs avant la naissance du litige.

31. Cette disposition a été appuyée par plusieurs délégations mais a également suscité un certain nombre de préoccupations. Les observations suivantes ont notamment été formulées: puisque le Règlement prévoit non seulement l'arbitrage mais aussi la négociation et la médiation, il faudrait veiller à ne pas rendre inapplicables ces aspects du Règlement, d'autant que la grande majorité des affaires se résolvent lors d'une phase préalable à l'arbitrage; dans la mesure où la disposition proposée vise à énoncer une règle de droit positif, sa présence dans un ensemble de règles contractuelles pourrait poser problème; il pourrait être envisagé de faire du Règlement un texte sur la médiation et non sur l'arbitrage afin d'éviter le problème que la disposition proposée vise à régler; et le résultat recherché pourrait être obtenu en utilisant le texte d'une note accompagnant l'article premier de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique précisant que les dispositions ne prétendent se substituer à aucune règle de droit visant à protéger le consommateur.

32. D'autres préoccupations ont été formulées, notamment les suivantes: rendre le Règlement inapplicable irait à l'encontre d'une de ses principales fonctions, celle de déterminer s'il existe effectivement une convention d'arbitrage valable; la disposition proposée soulevait des questions, notamment en ce qui concerne le lieu de résidence d'un consommateur et la législation de son pays, qui exigeaient un examen plus approfondi; le libellé proposé était trop complexe pour un règlement qui se veut simple et facile à utiliser par des non-juristes; il n'était pas universellement admis que le lieu de résidence du consommateur ou de l'acheteur était le facteur déterminant du caractère exécutoire d'une convention d'arbitrage; et

le concept de “résidence habituelle” pourrait être difficile à appliquer compte tenu de l’internationalité des opérations électroniques.

33. Il a été proposé d’inclure au projet d’article 8 une disposition exigeant un “clic” supplémentaire de la partie dont la participation était limitée par des restrictions sur les conventions conclues avant la naissance d’un litige, ce qui permettrait de lier durant l’ensemble de la procédure une partie aux opérations commerciales non concernée par le litige. En réponse, il a été rappelé que les demandeurs pouvaient également être des vendeurs, par exemple des petites et moyennes entreprises de pays en développement, qui pourraient être désavantagées face à des acheteurs plus avisés de pays développés.

34. À l’issue de la discussion, il a été conclu que la proposition serait conservée entre crochets, que les observations la concernant apparaîtraient dans le commentaire et que le tout serait traité dans un document examiné à une réunion ultérieure.

35. Il a également été dit qu’il faudrait examiner les effets qu’aurait sur les consommateurs la procédure de résolution des litiges en ligne, y compris une éventuelle sentence ou décision contraignante rendue contre un consommateur (celle-ci pouvant ne pas être exécutable dans son pays).

36. Le Groupe de travail a également examiné une proposition d’ajouter un paragraphe supplémentaire complétant les paragraphes 1 et 1 *bis* modifiés:

> “*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*.”

37. Il a été suggéré que cette proposition, inspirée de l’article 1-3 du Règlement d’arbitrage de la CNUDCI, soit modifiée de manière à y remplacer le mot “arbitrage” par les mots “procédure de résolution des litiges en ligne”, puisque le Règlement porte sur d’autres questions que l’arbitrage.

38. À l’issue de la discussion, il a été décidé de placer le paragraphe proposé entre crochets afin que le Groupe de travail l’examine ultérieurement.

*Paragraphe 2*

39. Il a été généralement convenu de conserver cette disposition en supprimant les mots “le vendeur” et en supprimant les crochets entourant les mots “les parties”. Il a été dit entre autres que le Règlement conserverait ainsi sa pertinence dans des situations autres que les litiges entre acheteur et vendeur.

40. Le Groupe de travail a rappelé le principe de la neutralité technologique et noté qu’en définissant dans le Règlement des types précis d’adresses électroniques, on risquait de le rendre obsolète face aux avancées technologiques futures. Il a donc été proposé que les différents types d’adresses électroniques soient mentionnés dans le commentaire du Règlement.

41. Il a été suggéré de noter dans le commentaire que les parties devraient être tenues de fournir dans leurs coordonnées une adresse électronique effective, de sorte que toute communication adressée conformément au Règlement leur parvienne comme il se doit.

42. Il a été suggéré de glisser cette disposition dans le projet d'article 3 ou éventuellement dans le projet d'article 4, qui selon un avis traitaient déjà de la question. Il a été dit qu'il serait utile de connaître le délai dont les parties disposeraient pour fournir leurs coordonnées afin de déterminer où il conviendrait de placer ce paragraphe.

43. Des préoccupations ont été exprimées quant aux sanctions qui frapperaient éventuellement la partie fournissant des coordonnées fausses ou trompeuses, et on s'est demandé s'il convenait de préciser ces sanctions dans le Règlement même ou dans un autre texte législatif.

44. À l'issue de la discussion, il a été convenu de conserver cette disposition avec les mots "les parties" et sans les mots "le vendeur", et de revenir sur la question de son emplacement dans le Règlement après l'examen des projets d'articles 3 et 4.

**Projet d'article 2 (Définitions)**

45. Le Groupe de travail s'est demandé s'il convenait de conserver l'ordre des définitions qui, dans le projet actuel, apparaissaient dans l'ordre alphabétique, numérotées selon cet ordre, ce qui provoquait une différence de numérotation entre les différentes versions linguistiques.

46. De l'avis général, les définitions devraient apparaître dans le même ordre dans toutes les versions linguistiques.

47. À l'issue de la discussion, il a été décidé que le Secrétariat agencerait les définitions selon un ordre logique homogène pour l'ensemble des langues et que le Groupe de travail examinerait cet ordre à une session ultérieure.

*Paragraphe 1 "demandeur"*

48. Il n'y a eu aucune objection au maintien du texte en l'état.

*Paragraphe 2 "communication"*

49. Il n'y a eu aucune objection au maintien du texte en l'état.

*Paragraphe 3 "communication électronique"*

50. Le Groupe de travail a rappelé qu'il avait décidé d'inclure dans la définition du terme "communication électronique" des éléments concernant la communication numérisée (A/CN.9/739, par. 32).

51. À l'issue de la discussion, il a été convenu de conserver le texte en l'état.

*Paragraphe 4 "tiers neutre"*

52. La question de savoir s'il convenait d'utiliser le mot "sentence" ou le mot "décision" ou les deux a été examinée.

53. Deux suggestions ont été émises concernant le membre de phrase "*rend une [décision] [sentence] sur le litige*". La première consistait à le remplacer par les mots "*rend une sentence ou autre décision sur le litige*" (formule inspirée du texte de l'article 33-1 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI); la deuxième à le remplacer par les mots "*résout le litige*".

54. Il a été convenu que les deux options seraient mises entre crochets et que le texte définitif serait adopté ultérieurement, en gardant à l'esprit que l'objet de cette disposition était de définir le rôle du tiers neutre et non la nature de la décision qu'il pourrait être amené à rendre.

*Paragraphe 5 "défendeur"*

55. Il n'y a eu aucune objection au maintien du texte en l'état.

*Paragraphe 6 "résolution des litiges en ligne"*

56. Il a été convenu de supprimer les mots entre crochets "[*système*]" et "[*sur une plate-forme informatisée*]", ainsi que les crochets entourant le mot "[*mécanisme*]".

*Paragraphe 7 "plate-forme de résolution des litiges en ligne"*

57. Il a été convenu de supprimer les crochets entourant le mot "[*système*]".

*Paragraphe 8 "Prestataire de services de résolution des litiges en ligne"*

58. Le Groupe de travail est convenu de remplacer le projet de paragraphe existant par le libellé suivant: "*Le terme 'prestataire de services de résolution des litiges en ligne' désigne une entité qui administre des procédures de résolution de litiges en ligne pour permettre aux parties de résoudre leurs litiges conformément au Règlement, qu'il fournisse ou non une plate-forme de résolution des litiges en ligne*".

59. Il a été proposé d'ajouter une définition du mot "écrit" à la liste des définitions. On a proposé le libellé suivant, inspiré de l'article 6 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique: "*Un écrit est un message contenant des informations accessibles de manière à être consultées ultérieurement*".

60. À l'issue de la discussion, il a été convenu de placer ce texte entre crochets en vue d'un examen ultérieur.

**Projet d'article 3 (Communications)**

*Paragraphe 1*

61. Le Groupe de travail a examiné la question de savoir si toutes les communications devraient passer par la plate-forme de résolution des litiges en ligne, que celle-ci soit ou non la propriété du prestataire de services de résolution des litiges en ligne ou administrée par celui-ci.

62. Il a été proposé que toutes les communications du processus de résolution des litiges en ligne passent par la plate-forme de résolution des litiges en ligne, celle-ci fournissant l'expertise technique nécessaire pour appuyer au mieux les processus, notamment le contrôle par le prestataire de services de résolution des litiges en ligne et la garantie d'impartialité des procédures. Cette proposition a été fortement appuyée. La tenue de dossiers permettant aux parties et au tiers neutre de consulter les informations de l'affaire a été jugée cruciale aux fins de la transparence. Il a également été noté que la plate-forme de résolution des litiges en ligne jouait un rôle primordial de protection contre la fraude – par exemple contre le risque qu'une personne mal intentionnée tente de se faire passer pour le prestataire de services de

résolution des litiges en ligne – en fournissant une infrastructure technologique pouvant prévenir et détecter de telles tentatives. D'autres préoccupations exprimées dans le sens de cette proposition étaient notamment la sécurité des données; la tenue des dossiers et leur disponibilité; et le suivi des délais.

63. Il a donc été convenu de remplacer le paragraphe 1 par le libellé suivant: "*Toutes les communications au cours de la procédure de résolution d'un litige en ligne sont transmises par voie électronique par l'intermédiaire de la plate-forme de résolution des litiges en ligne désignée par le prestataire de services de résolution des litiges en ligne*."

64. Il a été suggéré d'examiner ultérieurement la possibilité d'extraire du Règlement des aspects techniques tels que la conception de la plate-forme et la gestion des dossiers et de les verser dans un document distinct afin de simplifier le Règlement, de le rendre plus facile à consulter et de faire place aux avancées technologiques.

*Paragraphe 2*

65. Le Groupe de travail est convenu de conserver le paragraphe et d'examiner à une session ultérieure le texte entre crochets.

*Paragraphe 3*

66. Il a été proposé de remplacer le paragraphe 3 par le libellé suivant: "*L'adresse [Les adresses] électronique[s] que le prestataire de services de résolution des litiges en ligne utilise pour communiquer la notification au défendeur est celle [sont celles] que le défendeur a publiée[s] de manière claire et facilement accessible au public lorsqu'il a accepté l'application du Règlement; ou celle[s] qui a [ont] été communiquée[s] au prestataire de services de résolution des litiges en ligne lorsque les parties sont convenues de recourir à une procédure de résolution du litige en ligne conformément au Règlement ou, si le défendeur n'est pas encore convenu d'une telle procédure, celle[s] qui a [ont] été fournie[s] par le demandeur. Par la suite, l'adresse [les adresses] du défendeur désignée[s] pour toutes les communications effectuées conformément au Règlement est celle [sont celles] que le défendeur a notifiée[s] au prestataire au moment où il a accepté l'application du Règlement ou tout changement notifié pendant la procédure de résolution du litige en ligne*."

67. Il a été dit que ce libellé risquait d'être trop compliqué pour l'utilisateur ordinaire et une préférence a été exprimée en faveur d'un texte plus simple.

68. Il a été proposé en outre de modifier les paragraphes 2 et 3 par un libellé indiquant que les adresses désignées devraient être celles indiquées par les parties au moment où elles conviennent de résoudre leur litige en ligne conformément au Règlement et non celles énoncées dans la "notification". Cette proposition a été appuyée car elle évitait l'utilisation potentiellement déroutante du mot "notification" avant qu'il ne soit formellement défini dans le Règlement (cette définition se trouvant au projet d'article 4) et consacrait le principe selon lequel lorsque les parties ont accepté l'application du Règlement, il convient d'utiliser les adresses de contact utilisées à ce stade (actualisées de temps à autre auprès du prestataire de services de résolution des litiges en ligne).

69. Il a été dit en outre qu'il pourrait être utile de fournir à l'article 2 une définition du terme "notification".

70. Le Groupe de travail a estimé que cette disposition posait une importante question de fond (actuellement traitée d'une certaine manière dans la deuxième partie du paragraphe 3): si l'adresse du défendeur a changé entre le moment où les parties conviennent de résoudre un litige en ligne et celui où le litige survient en pratique et si ce changement n'est pas communiqué au prestataire de services de résolution des litiges en ligne, le demandeur peut avoir des difficultés à présenter une demande.

71. Le Groupe de travail a prié le Secrétariat de rédiger un projet de texte rendant compte des différentes options concernant les paragraphes 2 et 3 du projet d'article 3, afin qu'il l'examine à une session ultérieure.

*Paragraphe 4*

72. Il a été suggéré de supprimer les mots "*sur la plate-forme de résolution des litiges en ligne*". Il a également été suggéré d'ajouter à la fin du paragraphe (indépendamment de la suppression susmentionnée) le membre de phrase suivant: "*pour autant que le destinataire en ait été avisé*". Il a été convenu de placer les deux membres de phrase entre crochets et de les examiner à une session ultérieure.

73. Le Groupe de travail a prié le Secrétariat de suggérer un libellé pour le paragraphe 4 en tenant compte des considérations formulées au paragraphe 6. Il a été suggéré en outre de tenir compte du texte de l'article 2-5 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI pour tout nouveau libellé, en l'adaptant de sorte qu'il y soit question de résolution des litiges en ligne et non d'arbitrage.

74. Il a été dit qu'au cas où une partie ne recevait pas une communication du prestataire, celui-ci devrait s'efforcer de la contacter encore par d'autres voies.

*Paragraphes 5 et 6*

75. Le Groupe de travail est convenu d'examiner le texte entre crochets à une session ultérieure.

### 2. Ouverture de la procédure (A/CN.9/WG.III/WP.112, projet d'article 4)

**Projet d'article 4 (Ouverture de la procédure)**

76. Ayant entendu la proposition de restructurer le projet d'article 4 et à le diviser en deux articles distincts par souci de clarté et de simplicité, le Groupe de travail est convenu que le Règlement comporterait un article distinct sur la notification et un autre sur la réponse. Il est également convenu d'incorporer le contenu des annexes existantes sous forme de paragraphes dans les articles respectifs.

77. Il a été proposé en outre d'envisager d'ajouter des options concernant le moment de la réception de la notification, comme envisagé aux paragraphes 32 et 33 du document A/CN.9/WG.III/WP.112.

### 3. Négociation (A/CN.9/WG.III/WP.112, projet d'article 5)

**Projet d'article 5 (Négociation)**

*Paragraphe 1*

78. Notant qu'il fallait dans la mesure du possible encourager les parties à négocier un accord, on a fait remarquer que les prestataires de services de résolution des litiges en ligne devraient fournir aux parties les moyens techniques facilitant leurs négociations, et ce avant même l'intervention du tiers neutre. Il a été dit qu'en tant que règlement contractuel, le Règlement ne pouvait imposer des obligations à des tiers tels que les prestataires de services de résolution des litiges en ligne. Il a également été dit que si le Règlement devait faciliter les négociations, il devrait à ce stade se garder d'obliger les parties à négocier.

79. Le Groupe de travail a envisagé de reformuler le paragraphe 1 de manière à définir plus clairement la phase de négociation. Un libellé proposé se lisait comme suit: "*Après réception de la réponse visée à l'article [...], les parties s'efforcent, de bonne foi, de résoudre leur litige en recourant à la négociation directe, notamment, le cas échéant, aux méthodes de communication disponibles sur la plate-forme de résolution des litiges en ligne*."

80. Une autre proposition visant à souligner que le Règlement appuie la conclusion d'accords négociés, était de reformuler le paragraphe 1 de la manière suivante: "*Si un accord est conclu, et sous réserve du paragraphe 5 de l'article 5, la procédure de résolution du litige en ligne est automatiquement close*."

81. Le Groupe de travail a prié le Secrétariat de rédiger un nouveau paragraphe 1 en tenant compte de ces propositions et des types d'assistance proposés par les prestataires existants de services de résolution des litiges en ligne.

*Paragraphe 2*

82. Différents avis ont été exprimés quant à savoir s'il fallait conserver les options entre crochets dans le paragraphe 2. Il a été décidé qu'en attendant un examen plus approfondi de la manière dont la procédure de résolution des litiges en ligne serait conçue, notamment du type et du nombre de phases de celle-ci, toutes les options devraient rester entre crochets. Il a également été convenu de supprimer les crochets entourant le mot "[*dix (10)*]".

*Paragraphe 3*

83. Il a été convenu de supprimer le mot entre crochets "[*cinq (5)*]" et de conserver le mot "[*sept (7)*]" en supprimant les crochets afin de maintenir la cohérence avec le paragraphe 3 du projet d'article 4. Il a en outre été convenu de supprimer les crochets entourant la dernière phrase, "[, *le prestataire de services de résolution des litiges en ligne procédant alors [rapidement] [sans délai] à la nomination du tiers neutre conformément à l'article 6 ci-dessous*]", mais de conserver entre crochets le texte interne "[*rapidement*] [*sans délai*]" en vue d'un examen ultérieur.

*Paragraphe 4*

84. Le Groupe de travail a rappelé sa décision précédente selon laquelle il serait préférable de limiter la période durant laquelle un report pourrait être convenu entre les parties, afin de conserver un traitement efficace des affaires portant sur de faibles montants et de gros volumes et d'encourager les parties à résoudre promptement leurs différends.

85. Une question a été posée concernant la différence qu'il y aurait, en termes pratiques, entre un report de la date limite "[*de présentation de la réponse*]" et "[*pour parvenir à un accord*]". Il a été précisé que les deux formules ne s'excluaient pas mutuellement et qu'on pourrait utiliser l'une d'elles ou les deux. Il y a eu consensus sur le fait qu'une seule des deux formules devrait être utilisée mais différents avis ont été exprimés quant à savoir laquelle des deux rendrait effectivement la procédure plus rapide. Selon certains avis, ce paragraphe ne devait régir que l'ouverture de la procédure et donc ne s'appliquer qu'à une réponse. Selon d'autres avis, la capacité des parties de négocier par l'intermédiaire du système de résolution des litiges en ligne devait être limitée (indépendamment des possibilités qu'elles avaient de négocier en dehors de ce système en tout état de cause). Il a été convenu de laisser les deux options entre crochets et de les examiner à une session ultérieure.

86. Il a en outre été convenu que la limite du report fixée dans ce paragraphe devrait être "[*dix (10)*]" jours, et donc de supprimer les crochets entourant cette valeur et de supprimer les autres options, c'est-à-dire "[*cinq (5)*]" et "[*sept (7)*]" jours.

*Paragraphe 5*

87. Il a été rappelé que l'objet de ce paragraphe était de permettre à une partie de réintroduire une procédure aux seules fins d'obtenir une sentence ou une décision avec laquelle elle pourrait demander l'exécution.

88. On a estimé qu'une disposition traitant du cas où une partie n'appliquerait pas l'accord issu de la négociation devrait figurer dans le Règlement, mais il a été convenu que le paragraphe 5 dans sa forme actuelle ne convenait pas à cette fin.

89. Une préoccupation a été exprimée selon laquelle ce paragraphe soulevait deux questions juridiques importantes. En premier lieu, un accord issu de la négociation pourrait devoir comporter une disposition distincte pour les litiges survenant en dehors de cet accord, et il pourrait ne pas être possible de résoudre un tel litige par la même procédure de résolution en ligne que celle ayant donné lieu à l'accord. En second lieu, il ne serait peut-être pas possible d'un point de vue juridique d'ouvrir une nouvelle procédure pour rendre une sentence d'accord parties.

90. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a prié le Secrétariat de reformuler ce paragraphe en tenant compte des questions suivantes qu'il a mentionnées: i) la relation entre ce paragraphe et le paragraphe 1; ii) le fait que de brefs délais d'exécution de l'accord et/ou de réintroduction de procédure pourraient encourager la partie fautive à exécuter l'accord; iii) le fait que le mot "rouvrir" traduit mieux l'intention du paragraphe que le mot "réintroduire", puisqu'il n'exigerait pas de recommencer depuis le début la procédure de résolution des litiges en ligne; iv) la possibilité de choisir le for le plus favorable s'il n'a pas été

précisé dans le paragraphe que le même prestataire de services de règlement des litiges en ligne doit être utilisé; v) la nécessité que les accords soient clairement consignés sur la plate-forme de résolution des litiges en ligne. Il a été convenu qu'il faudrait que les options énoncées dans le présent paragraphe reformulé soient placées entre crochets en vue de leur examen à une session ultérieure.

**4. Tiers neutre (A/CN.9/WG.III/WP.112/Add.1, projets d'articles 6 et 7)**

**Projet d'article 6 (Nomination du tiers neutre)**

*Paragraphe 1*

91. En l'absence de commentaires, il a été convenu de conserver le paragraphe 1 en l'état.

*Paragraphe 2*

92. Il a été dit que le devoir d'indépendance et d'impartialité du tiers neutre était un devoir continu. Le Groupe de travail a prié le Secrétariat de modifier le deuxième paragraphe en conséquence.

*Paragraphe 3*

93. Il a été rappelé que ce paragraphe avait été rédigé de manière à garantir que la nomination du tiers neutre à ce stade soit un processus simple et automatique. Il a toutefois été convenu que l'intention n'était pas de restreindre le droit d'une partie qui pourrait avoir un motif valable de s'opposer à son maintien. Il a été convenu qu'un tel droit pouvait naître à tout moment du processus de résolution des litiges en ligne.

94. Le Groupe de travail a prié le Secrétariat de rédiger une disposition distincte permettant à une partie de formuler des objections à l'encontre de la nomination du tiers neutre à tout stade de la procédure si une telle objection se justifiait.

95. Il y a eu un certain désaccord sur le nombre d'objections qu'une partie avait le droit de formuler et sur le nombre de jours pendant lequel ces objections pouvaient être formulées, et il a donc été décidé de conserver la partie entre crochets et d'examiner ces deux valeurs à une session ultérieure.

*Paragraphe 4*

96. Il a été souligné que la nomination d'un tiers neutre n'était définitive que lorsque tout processus de contestation était achevé conformément au paragraphe 3. Le Groupe de travail a prié le Secrétariat de revoir le paragraphe pour éliminer toute ambiguïté quant au moment où la nomination prenait effet.

97. On s'est inquiété du fait que la première phrase semblait empêcher l'application de la deuxième. Le Groupe de travail a prié le Secrétariat de reformuler le paragraphe de manière à exprimer le principe selon lequel les parties pouvaient durant trois jours s'opposer à ce que des informations soient fournies au tiers neutre, mais qu'après l'expiration de ce délai et en l'absence d'objections, la totalité des informations serait communiquée au tiers neutre.

98. Il a été suggéré d'ajouter à la fin du paragraphe la formule "sauf dans une situation à laquelle s'applique l'article 5-5".

99. À l'issue de la discussion, il a été convenu de supprimer les crochets entourant les mots "[*trois (3)*]".

*Paragraphe 5*

100. Afin de donner aux parties les mêmes droits de faire objection à la nomination d'un tiers neutre remplaçant que ceux qu'elles ont en ce qui concerne le tiers neutre initial, le Groupe de travail est convenu d'ajouter une disposition similaire au paragraphe 3 afin de permettre les objections à la nomination d'un tiers neutre remplaçant, et de placer cette disposition entre crochets.

*Paragraphe 6*

101. Un consensus s'est dégagé sur la nécessité de ménager une certaine souplesse en ce qui concernait le nombre de tiers neutres, étant donné notamment la nature évolutive de la résolution des litiges en ligne. Il a été convenu que le libellé actuel apportait une certaine souplesse mais aussi une certaine sûreté juridique, et devrait être conservé sans crochets.

102. Le Groupe de travail est convenu de supprimer les crochets dans ce paragraphe.

103. Afin de pouvoir recourir à une plus grande diversité de tiers neutres, tels que les tiers neutres d'institutions d'arbitrage, il a été proposé que le Secrétariat ajoute les mots suivants entre crochets, afin de les examiner à une session ultérieure (on a estimé que ces mots auraient tout particulièrement leur place à la fin de l'actuel paragraphe 1): "[*ou d'une autre institution d'arbitrage*]".

**Projet d'article 7 (Pouvoirs du tiers neutre)**

*Paragraphe 1*

104. Il a été convenu que ce paragraphe concernait davantage la nomination du tiers neutre et devrait donc être déplacé dans le projet d'article 6.

*Paragraphe 2*

105. On a estimé que le paragraphe contenait deux notions: la fonction du tiers neutre et les principes de conduite auxquels il était soumis. Il a été convenu que ces notions pourraient être présentées plus clairement comme deux notions distinctes et que les répétitions dans le libellé actuel pourraient être réduites.

106. Le Groupe de travail a donc prié le Secrétariat de reformuler ce paragraphe et de le mettre entre crochets pour examen lors d'une session ultérieure.

107. Il a été convenu qu'il importait de rester fidèle à l'esprit des textes de la CNUDCI; néanmoins, le libellé pourrait être modifié, lorsque cela était nécessaire, pour répondre aux besoins en matière de résolution des litiges en ligne.

*Paragraphe 3*

108. On a laissé entendre qu'il pourrait y avoir une incohérence entre ce paragraphe et la disposition prévue au paragraphe 4 du projet d'article 6 selon laquelle les parties pouvaient refuser de fournir au tiers neutre les informations générées pendant la phase de négociation. Pour éliminer cette incohérence, il a été convenu

d'ajouter les mots suivants au début du paragraphe: "*Sous réserve des objections visées au paragraphe 4 de l'article 6*".

*Paragraphe 4*

109. S'agissant du libellé non placé entre crochets, il a été proposé de remplacer dans la version anglaise les mots "may require" dans la première phrase par les mots "may request", afin de modifier légèrement les pouvoirs du tiers neutre (sans objet en français).

110. S'agissant du libellé placé entre crochets, il fallait de l'avis général que le Règlement conserve une disposition sur le principe de la charge de la preuve. Toutefois, le texte tel qu'il était rédigé a suscité deux grandes préoccupations.

111. Premièrement, il a été dit que la formulation actuelle ne rendait pas compte des diverses notions de la charge de la preuve dans les affaires visant les consommateurs dans différents pays et des circonstances spécifiques qui entouraient la preuve des faits dans un contexte électronique. Il a été convenu que le Groupe de travail devrait examiner ce paragraphe lors d'une session future afin d'étudier plus avant la formulation de la notion de "charge de la preuve".

112. Deuxièmement, il a été convenu que le Secrétariat devrait trouver un nouvel emplacement pour ce libellé placé entre crochets, afin de bien souligner son importance en tant que principe de fond assorti de conséquences juridiques et d'obligations pour les parties.

*Paragraphe 5*

113. Il a été proposé de rendre le libellé de ce paragraphe plus accessible en mentionnant la notion d'"admissibilité" pour définir les types d'affaires que le tiers neutre pourrait examiner. Il a été répondu que le fait d'ajouter la notion d'admissibilité risquait de donner lieu à une certaine ambiguïté.

114. À l'issue de la discussion, il a été convenu de conserver ce paragraphe, que le Groupe de travail avait déjà examiné, tel qu'il était libellé.

*Paragraphe 6*

115. Il a été proposé de modifier le paragraphe afin de refléter la nécessité perçue qu'un tiers neutre ait le pouvoir discrétionnaire d'enquêter ou de prendre les mesures nécessaires pour déterminer s'il a été reçu une communication d'une partie ou seulement la notification du défendeur. Il a été proposé, d'autre part, de rendre positive l'obligation faite au tiers neutre, de sorte que celui-ci serait tenu d'enquêter lorsque la réception d'une communication serait contestée.

116. Le Groupe de travail est convenu qu'il faudrait modifier ce paragraphe pour obliger le tiers neutre à enquêter lorsqu'il existerait le moindre doute quant à savoir si la notification avait été reçue, et lui donner le pouvoir discrétionnaire de le faire pour toutes les autres communications. Il a également été proposé de garder à l'esprit la situation des consommateurs qui pourraient ne pas être en mesure de vérifier leur courrier électronique en temps opportun.

117. Le Groupe de travail a prié le Secrétariat de rédiger un texte qui refléterait ces délibérations et de placer ce texte entre crochets.

### 5. Médiation et arbitrage (A/CN.9/WG.III/WP.112/Add.1, projet d'article 8)

**Projet d'article 8 (Médiation)**

*Paragraphe 1*

118. Il a été convenu qu'il était improbable que des consommateurs engagent une procédure d'exécution dans un pays étranger, et que le Règlement avait pour but de s'assurer que les entreprises se conforment aux décisions rendues.

119. Il a été fait valoir que l'intention était de concevoir un système de résolution des litiges en ligne qui opérerait au niveau mondial en tenant compte des besoins des pays en développement, et que des décisions finales et exécutoires étaient nécessaires pour obtenir le respect des décisions par les entreprises. À cet égard, l'absence d'une décision exécutoire obligerait de fait les consommateurs à chercher réparation devant les tribunaux. Le Groupe de travail s'est vu rappeler qu'il n'existait pas de traité international prévoyant l'exécution internationale des décisions de justice, ce qui soulignait la nécessité de rendre, dans le cadre de la résolution des litiges en ligne, des décisions contraignantes. Les consommateurs ainsi que les petites et moyennes entreprises des pays en développement n'auraient, a-t-il été dit, pas d'autres voies de recours en l'absence de décisions contraignantes.

120. Il a été avancé que des mécanismes d'exécution privés pourraient être efficaces dans de nombreux cas, en particulier aux premiers stades de la résolution des litiges en ligne. Il a été ajouté que pour être efficaces, tous les mécanismes d'exécution avaient besoin d'une sentence définitive et exécutoire, même s'il a été estimé, par ailleurs, que des mécanismes d'exécution privés pouvaient être efficaces en l'absence d'une décision exécutoire, en particulier lorsque de tels mécanismes existaient. Il a également été estimé que les mécanismes d'exécution publics et privés ne s'excluaient pas mutuellement et que, sans décision exécutoire, le processus ne serait pas efficace et son intégrité ne pourrait pas être assurée.

121. Il a été précisé que le texte qui figure entre crochets dans ce paragraphe avait pour but de déterminer si, après l'échec d'une médiation, la procédure devait automatiquement passer à la phase finale ou si les parties devaient avoir la possibilité de passer à la phase suivante.

122. Il a été estimé que le passage à la phase suivante ne devait pas être automatique si le résultat final pouvait être une décision contraignante.

123. L'avis selon lequel il fallait qu'il y ait un accord ou une nécessité supplémentaire pour passer à la phase suivante, dans la mesure où cet accord équivaudrait à une convention d'arbitrage postérieur à la naissance du litige, a bénéficié d'un certain soutien.

124. Selon un avis, même si une sentence rendue contre un consommateur pouvait être annulée, un consommateur qui chercherait à obtenir cette annulation subirait un préjudice, y compris des frais qu'il serait incapable de recouvrer. À l'inverse, il a été estimé qu'il y avait peu de risques, pour un consommateur, d'être affecté par une sentence invalide rendue contre lui.

125. Des craintes ont été exprimées au sujet du mot "évaluer", quant au fait de savoir si, à ce stade de la procédure, c'était la fonction du tiers neutre; dans la négative, il pourrait être envisagé d'utiliser un autre mot.

126. Il a été rappelé que ce paragraphe était étroitement lié à la question traitée dans le projet d'article premier, s'agissant du déroulement par phases de la procédure de résolution des litiges en ligne.

127. On s'est en outre interrogé sur le fait de savoir si, lorsqu'un accord était conclu et non exécuté, on pourrait ajouter à ce paragraphe un texte semblable à celui proposé pour l'article 5-5 (réintroduction de procédure en cas de non-exécution d'un accord) afin de permettre, dans ces cas, une telle réintroduction. Il a été répondu qu'une solution pourrait consister à inclure, dans l'annexe, une option de "non-règlement d'un accord" comme motif d'action.

128. Le Groupe de travail est convenu que la résolution des litiges en ligne était un processus qui comportait trois phases, et que celle de décision par un tiers neutre en faisait partie. Il a noté qu'il n'avait pas encore été décidé de la manière de passer de la deuxième à la troisième phase ni, effectivement, du fait de savoir si les deuxième et troisième phases pouvaient être fusionnées.

129. Il a en outre été rappelé que la grande majorité des affaires de faible montant et d'important volume se réglaient au stade de la négociation ou de la médiation.

130. Il a été rappelé que le Règlement est un règlement contractuel qui n'a pas vocation à remplacer le droit des consommateurs au niveau national.

# V. Examen de l'incidence des délibérations du Groupe de travail sur la protection du consommateur; rapport à la Commission

131. Le Groupe de travail a rappelé la demande qu'avait formulée la Commission à sa quarante-quatrième session, à savoir "qu'en général, dans l'exécution de son mandat, le Groupe de travail devrait aussi examiner spécifiquement l'incidence de ses délibérations sur la protection du consommateur et lui en rendre compte à sa prochaine session"[3].

132. Le Groupe de travail a rappelé les échanges de vues qu'il avait eus lors de précédentes sessions au sujet de la protection du consommateur, comme cela était récapitulé aux paragraphes 15 et 16 du document A/CN.9/WG.III/WP.113 et exprimé les points suivants:

a) La résolution des litiges en ligne aurait une incidence sur les consommateurs non seulement en tant que demandeurs mais aussi, potentiellement, en tant que défendeurs;

b) Tout au long de ses délibérations, le Groupe de travail avait été particulièrement conscient des questions relatives à la protection du consommateur et s'était employé très activement à examiner diverses possibilités pour tenir compte de cette protection; et

c) La protection du consommateur était un domaine d'ampleur non seulement locale mais aussi régionale et internationale, dans lequel la résolution des

---

[3] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 17* (A/66/17), par. 218.

litiges en ligne pouvait jouer un rôle favorable en encourageant les interactions et la croissance économique au sein même des régions, y compris dans les pays sortant d'un conflit et les pays en développement.

# VI. Travaux futurs

133. Le Groupe de travail a noté que sa vingt-sixième session se tiendrait à Vienne du 10 au 14 décembre 2012.

## E. Note du Secrétariat sur la résolution des litiges en ligne dans les opérations internationales de commerce électronique: projet de règlement de procédure, soumise au Groupe de travail III (Règlement des litiges en ligne) à sa vingt-cinquième session (A/CN.9/WG.III/WP.112 et Add.1)

**[Original: anglais]**

**TABLE DES MATIÈRES**

*Paragraphes*

I. Introduction . . . . . 1-4

II. Résolution des litiges en ligne dans les opérations internationales de commerce électronique: projet de règlement de procédure . . . . . 5-53

A. Remarques générales . . . . . 5-7

B. Notes sur le projet de règlement de procédure . . . . . 8-53

1. Dispositions préliminaires . . . . . 8-27

2. Ouverture de la procédure . . . . . 28-44

3. Négociation . . . . . 45-53

# I. Introduction

1. À sa quarante-troisième session (New York, 21 juin-9 juillet 2010), la Commission est convenue d'établir un groupe de travail chargé d'entreprendre des travaux sur la question de la résolution des litiges en ligne dans les opérations internationales de commerce électronique, à savoir les opérations entre entreprises et les opérations entre entreprises et consommateurs. Il a également été convenu que la forme de la norme juridique à élaborer serait arrêtée une fois que la question aurait été examinée plus avant[1]. À sa quarante-quatrième session (Vienne, 27 juin-8 juillet 2011), la Commission a réaffirmé que le mandat du Groupe de travail portait sur la résolution en ligne des litiges relatifs aux opérations internationales électroniques, entre entreprises et entre entreprises et consommateurs. Elle a décidé que le Groupe de travail devait être libre de considérer que son mandat recouvre également les opérations entre consommateurs et d'élaborer, si nécessaire, des règles éventuelles régissant les relations entre eux, mais qu'il devait être particulièrement attentif à la nécessité de ne pas évincer les législations visant à leur protection. Elle a également décidé que, d'une manière générale, le Groupe de travail devrait aussi, dans l'exécution de son mandat,

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-cinquième session, Supplément n°17* (A/65/17), par. 257.

examiner avec précision l'impact de ses délibérations sur la protection du consommateur et lui en rendre compte lors de sa prochaine session[2].

2. À sa vingt-deuxième session (Vienne, 13-17 décembre 2010)[3], le Groupe de travail a commencé à examiner la question de la résolution des litiges en ligne et demandé au Secrétariat, sous réserve que des ressources soient disponibles, d'élaborer un projet de règlement de procédure générique pour la résolution des litiges en ligne, notamment en tenant compte du fait que les types de litiges visés devraient concerner des opérations internationales entre entreprises et entre entreprises et consommateurs portant sur de faibles montants et de gros volumes (A/CN.9/716, par. 115). Lors de cette session, le Groupe de travail a également demandé au Secrétariat d'énumérer les informations sur la résolution des litiges en ligne dont il avait connaissance, en indiquant les sites Web ou les autres sources où elles se trouvaient (A/CN.9/716, par. 115). Il souhaitera peut-être noter que cette liste peut désormais être consultée sur le site Web de la CNUDCI[4].

3. À sa vingt-troisième session (New York, 23-27 mai 2011)[5] et à sa vingt-quatrième session (Vienne, 14-18 novembre 2011)[6], le Groupe de travail a examiné le projet de règlement de procédure générique tel qu'il figurait dans les documents A/CN.9/WG.III/WP.107 et A/CN.9/WG.III/WP.109, respectivement. À sa vingt-troisième session, il a demandé au Secrétariat, sous réserve que des ressources soient disponibles, de préparer une version révisée du projet de règlement de procédure générique ainsi que des documents sur la définition de lignes directrices à l'intention des tiers neutres, les normes minimales applicables aux prestataires de services de résolution des litiges en ligne, les principes juridiques de fond pour la résolution des litiges et un mécanisme international d'exécution (A/CN.9/721, par. 140, et A/CN.9/739, par. 151).

4. La présente note contient un projet annoté de règlement de procédure générique qui tient compte des débats du Groupe de travail à ses vingt-deuxième, vingt-troisième et vingt-quatrième sessions.

# II. Résolution des litiges en ligne dans les opérations internationales de commerce électronique: projet de règlement de procédure

## A. Remarques générales

5. Le Groupe de travail a décidé que soit élaboré un projet de règlement de procédure générique pour la résolution en ligne des litiges relatifs à des opérations internationales électroniques entre entreprises et entre entreprises et consommateurs

---

[2] Ibid., *soixante-sixième session, Supplément n° 17* (A/66/17), par. 218.

[3] Le rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa vingt-deuxième session figure dans le document A/CN.9/716.

[4] www.uncitral.org/uncitral/en/publications/online_resources_ODR.html.

[5] Le rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa vingt-troisième session figure dans le document A/CN.9/721.

[6] Le rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa vingt-quatrième session figure dans le document A/CN.9/739.

portant sur de faibles montants et de gros volumes. Le Règlement élaboré conformément à cette décision – et dont l'application suppose l'accord des parties comme le prévoit son projet d'article premier – est de nature contractuelle et soumis aux lois impératives.

6. L'examen du projet de règlement de procédure (le Règlement) soulève plusieurs questions relatives à l'élaboration d'un cadre général sur la résolution des litiges en ligne. Le document A/CN.9/WG.III/WP.113 aborde un certain nombre de ces questions, notamment les lignes directrices et les exigences minimales à l'intention des prestataires de services de résolution des litiges en ligne et des tiers neutres, ainsi que les principes de fond pour la résolution des litiges.

7. Le Groupe de travail souhaitera peut-être prendre en considération l'hypothèse sur laquelle se fonde le Règlement, à savoir que la procédure de résolution du litige en ligne prévoit une phase de négociation, suivie d'une phase de médiation et, si cette seconde phase échoue, du prononcé par un tiers neutre d'une décision définitive qui s'impose aux parties. S'il y a lieu, des indications sont données dans le présent texte sur les modifications à apporter au Règlement lorsque la latitude de choisir les phases est laissée aux parties.

## B. Notes sur le projet de règlement de procédure

### 1. Dispositions préliminaires

8. **Projet de préambule**

"*1. Le Règlement de la CNUDCI pour la résolution des litiges en ligne ('le Règlement') est destiné à être utilisé dans le contexte des opérations internationales portant sur de faibles montants et de gros volumes effectuées au moyen de communications électroniques.*

2. *L'utilisation du Règlement s'inscrit dans un cadre de résolution des litiges en ligne constitué par les documents suivants qui [figurent ci-après en annexe et] font partie intégrante du Règlement:*

*[a) Lignes directrices et exigences minimales à l'intention des prestataires de services de résolution des litiges en ligne;]*

*[b) Lignes directrices et exigences minimales à l'intention des tiers neutres;]*

*[c) Principes juridiques de fond pour la résolution des litiges;]*

*[d) Mécanisme international d'exécution;]*

*[…];*

*[3. Tout[e] autre [règle] [document] distinct[e] et supplémentaire doit être conforme au Règlement.]*"

*Remarques*

*Paragraphe 1*

9. Conformément à la décision prise par le Groupe de travail, le Règlement ne définit pas les termes “faibles montants” et “internationales” (A/CN.9/739, par. 16 et 20), mais la définition du terme “faibles montants” pourrait être traitée dans un commentaire ou dans un autre document supplémentaire qui donnerait un ou plusieurs exemples de cas portant sur de tels montants (A/CN.9/WG.III/WP.113, par. ...).

10. Le Groupe de travail voudra peut-être noter qu’à la précédente session, il a été proposé de préciser dans le projet de préambule que le Règlement est destiné à s’appliquer aux litiges relatifs à “la vente de marchandises et à la prestation de services” (A/CN.9/739, par. 19).

*Paragraphe 2*

11. Le Groupe de travail est convenu de débattre de la teneur des documents énumérés dans le paragraphe 2, en notant que cette énumération n’était pas exhaustive (A/CN.9/739, par. 21). Il voudra peut-être examiner lesquels de ces documents, et quels documents supplémentaires, il devrait élaborer dans le cadre de son mandat. Il voudra peut-être noter que le document A/CN.9/WG.III/WP.113 aborde des questions relatives aux documents visés au paragraphe 2 (voir par. 6 ci-dessus).

*Paragraphe 3*

12. Un autre document complémentaire – et facultatif – contiendrait des règles supplémentaires adoptées par les prestataires de services de résolution des litiges en ligne. Ceux-ci peuvent choisir d’adopter de telles règles pour les questions qui ne sont pas régies par le Règlement et qui peuvent nécessiter un traitement différent d’un prestataire à l’autre – par exemple, les frais, la définition des jours calendaires et les réponses aux objections à la nomination de tiers neutres.

13. **Projet d’article premier (Champ d’application)**

*Option 1* – “*[1. Le Règlement s’applique à la procédure de résolution d’un litige en ligne lorsque les parties à une opération effectuée au moyen de communications électroniques sont convenues qu’il régira la résolution des litiges portant sur cette opération, [sous réserve du droit des parties d’exercer d’autres formes de recours].]*”

*Option 2* – “*[1. Lorsque les parties à une opération effectuée au moyen de communications électroniques sont convenues, soit au moment de l’opération soit ultérieurement, que les litiges portant sur celle-ci seront résolus en ligne conformément au Règlement (‘convention’), celui-ci s’applique si les parties ont été clairement et dûment avisées de cette convention. [L’avis doit permettre à une partie de consentir à la procédure de résolution du litige en ligne et à l’application du Règlement indépendamment de l’opération sous-jacente, pour faire en sorte qu’elle accepte en connaissance de cause que le litige soit arbitré en vertu du Règlement.]]*

*[2. Pour pouvoir utiliser le Règlement, [le vendeur] [les parties] [doit] [doivent] indiquer [ses] [leurs] coordonnées.]*"

*Remarques*

*Paragraphe 1*

14. L'option 1 est une disposition plus générale qui n'indique pas expressément à quel moment les parties décident que le litige sera réglé en application du Règlement. L'option 2 mentionne deux moments possibles auxquels les parties peuvent convenir de recourir à la résolution des litiges en ligne conformément au Règlement, à savoir avant ou après la survenue du litige. Une case "j'accepte" séparée, permettant aux parties d'exprimer ainsi leur consentement (accord par clic), pourrait être accessible depuis l'opération sous-jacente ou être reliée à cette opération. Le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager de placer la dernière phrase entre crochets de l'option 2 dans les lignes directrices et les exigences minimales à l'intention des prestataires de services de résolution des litiges en ligne.

15. Concernant le passage entre crochets à la fin de l'option 1 ("*[, sous réserve du droit des parties d'exercer d'autres formes de recours]*"), le Groupe de travail se souviendra peut-être de son débat à sa vingt-troisième session et des avis divergents qui avaient été exprimés sur la nécessité de conserver ce passage (A/CN.9/721, par. 41 à 49, et A/CN.9/739, par. 27 à 29). Le passage entre crochets vise les situations où des conventions d'arbitrage conclues avant la survenue du litige ne lient pas nécessairement les consommateurs et où, par conséquent, seule une partie serait liée par une telle convention.

*Paragraphe 2*

16. À sa vingt-quatrième session, le Groupe de travail est convenu d'inclure le paragraphe 2 entre crochets (A/CN.9/739, par. 26 et 29). S'il décide d'inclure ce paragraphe dans le Règlement, il souhaitera peut-être se demander où il devrait figurer (à savoir, dans le projet d'article premier ou ailleurs), sans oublier que les parties à des opérations commerciales peuvent avoir différentes coordonnées à des fins distinctes.

17. **Projet d'article 2 (Définitions)**

"*Aux fins du présent Règlement:*

*1. Le terme 'demandeur' désigne la partie qui engage une procédure de résolution d'un litige en ligne conformément au Règlement en adressant une notification.*

*2. Le terme 'communication' désigne toute mention, déclaration, mise en demeure, notification, réponse, conclusion ou demande faite par une personne soumise au Règlement dans le cadre de la résolution d'un litige en ligne.*

*3. Le terme 'communication électronique' désigne toute communication qu'une personne soumise au Règlement effectue à l'aide d'informations créées, transmises, reçues ou conservées par des moyens électroniques, magnétiques ou optiques ou des moyens analogues, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, la télécopie, les services de minimessages (SMS), les conférences*

*Web, les 'chats' (dialogue en ligne), les forums Internet ou le microblogage. Le terme englobe toute information sous forme analogique, notamment documents, objets, images, textes et sons convertis ou transformés sous forme numérique pour pouvoir être traités directement par un ordinateur ou d'autres appareils électroniques.]*

*4. Le terme 'tiers neutre' désigne la personne qui aide les parties à résoudre leur litige et/ou rend une [décision] [sentence] sur le litige conformément au Règlement.*

*5. Le terme 'défendeur' désigne la partie à laquelle est adressée la notification.*

*6. Le terme 'résolution des litiges en ligne' désigne un [système] [mécanisme] de résolution des litiges [sur une plate-forme informatisée] facilitée par l'utilisation de communications électroniques et d'autres technologies de l'information et de la communication.*

*7. Le terme 'plate-forme de résolution des litiges en ligne' désigne un [système] permettant de créer, de transmettre, de recevoir, de conserver, d'échanger ou de traiter de toute autre manière des communications électroniques utilisées dans la résolution des litiges en ligne.*

*[8. Le terme 'prestataire de services de résolution des litiges en ligne' désigne une entité qui administre des procédures de résolution de litiges en ligne [et] [et/ou] fournit une plate-forme de résolution des litiges en ligne[, ou les deux,] pour permettre aux parties de résoudre leurs litiges conformément au Règlement.]*

*[...]*"

*Remarques*

*Paragraphe 1 "demandeur"*

18. Le Groupe de travail est convenu de conserver le texte dans la mesure où le Règlement est destiné à s'appliquer aux opérations entre entreprises et aux opérations entre entreprises et consommateurs, ce qui permettrait aux deux parties à l'opération d'engager la procédure (A/CN.9/739, par. 30).

*Paragraphe 3 "communication électronique"*

19. Conformément au principe de neutralité technologique consacré par les textes de la CNUDCI sur le commerce électronique, la définition du terme "communication électronique" a pour objet de donner des indications sans exclure aucun moyen de communication électronique, actuel ou futur. Plus concrètement, cette définition vise à englober le concept plus large de communication numérisée et prend en considération les nouvelles technologies, notamment celles qui facilitent les auditions individuelles sous forme électronique, comme la reconnaissance vocale qui permet aux ordinateurs d'analyser la parole humaine et de la transcrire en texte ou de traduire le texte en parole. Elle peut englober aussi un système d'identification par radiofréquence grâce auquel des informations sont transférées au moyen d'ondes radio entre une étiquette électronique et un lecteur.

*Paragraphe 6 "Résolution des litiges en ligne"*

20. Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que le terme "système" est utilisé à la fois dans cette définition et dans la définition de la "plate-forme de résolution des litiges en ligne" au paragraphe 7 dans deux acceptions manifestement différentes, et examiner s'il faudrait harmoniser l'utilisation de ce terme dans l'ensemble du Règlement pour éviter des incohérences susceptibles de créer la confusion pour le lecteur.

*Paragraphe 8 "Prestataire de services de résolution des litiges en ligne"*

21. Le Groupe de travail voudra peut-être noter qu'à sa vingt-quatrième session, il a indiqué: a) que la définition de l'expression "prestataire de services de résolution des litiges en ligne" devrait être souple, simple et claire; b) et qu'il devrait garder à l'esprit l'incidence que toute modification de la définition aurait sur l'utilisation de cette expression dans le Règlement, pour assurer la cohérence terminologique et éviter ainsi toute confusion (A/CN.9/739, par. 47). Il voudra peut-être également noter que la définition de l'expression "prestataire de services de résolution des litiges en ligne" devrait être suffisamment générale pour recouvrir différents types de processus de résolution des litiges en ligne et leurs combinaisons.

22. Le Groupe de travail notera peut-être que les mots [et] et [et/ou] entre crochets tiennent compte de la possibilité que la définition du "prestataire de services de résolution des litiges en ligne" englobe l'opérateur d'une plate-forme de résolution des litiges en ligne (c'est-à-dire le fournisseur de la plate-forme) (A/CN.9/739, par. 44).

23. Le Groupe de travail voudra peut-être noter qu'à sa vingt-quatrième session, on s'est inquiété de ce que la définition du terme "prestataire de services de résolution des litiges en ligne" englobait à la fois le rôle d'administrateur de procédures en ligne et celui de fournisseur de plate-forme de résolution des litiges en ligne et on a estimé qu'il serait peut-être nécessaire de définir ces rôles séparément (A/CN.9/739, par. 40).

24. Le Groupe de travail voudra peut-être aussi noter que la définition du terme "prestataire de services de résolution des litiges en ligne" pourrait changer en fonction de la phase de la procédure à laquelle le Règlement envisagerait sa première intervention (A/CN.9/739, par. 38).

25. **Projet d'article 3 (Communications)**

"*1. Toutes les communications au cours de la procédure de résolution d'un litige en ligne sont transmises par voie électronique [au prestataire de services de résolution des litiges en ligne et sont adressées par l'intermédiaire de la plate-forme de résolution des litiges en ligne] [au prestataire de services de résolution des litiges en ligne ou par l'intermédiaire de la plate-forme de résolution des litiges en ligne en vue de leur retransmission au prestataire].*

*2. L'adresse [Les adresses] électronique[s] du demandeur désignée[s] pour toutes les communications effectuées conformément au Règlement est celle [sont celles] mentionnée[s] dans la notification de résolution du litige en ligne ('la notification'), sauf indication contraire donnée par le demandeur au prestataire de services de résolution des litiges en ligne.*

*3. L'adresse [Les adresses] électronique[s] que le prestataire de services de résolution des litiges en ligne utilise pour communiquer la notification au défendeur est celle [sont celles] qui a [ont] été fournie[s] par le demandeur. Par la suite, l'adresse [les adresses] électronique[s] du défendeur désignée[s] pour toutes les communications effectuées conformément au Règlement est celle [sont celles] que le défendeur a notifiée[s] au prestataire au moment où il a accepté l'application du Règlement ou tout changement notifié pendant la procédure de résolution du litige en ligne.*

*[4. Le moment de la réception d'une communication électronique aux termes du Règlement est le moment où cette communication peut être relevée par le destinataire sur la plate-forme de résolution des litiges en ligne.]*

*5. Le prestataire de services de résolution des litiges en ligne adresse [rapidement] [sans délai] un accusé de réception des communications électroniques entre les parties et le tiers neutre à toutes les parties [et au tiers neutre] à leurs adresses électroniques désignées.*

*6. Le prestataire de services de résolution des litiges en ligne notifie [rapidement] [sans délai] à toutes les parties et au tiers neutre la disponibilité de toute communication électronique sur la plate-forme de résolution des litiges en ligne.*"

*Remarques*

*Paragraphe 4*

26. Le paragraphe 4 s'appuie sur l'article 10 de la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux (la "Convention sur les communications électroniques") et vaut pour toute la durée de la procédure de résolution du litige en ligne[7]. Le Règlement vise à promouvoir la simplicité, la rapidité et l'efficacité et porte sur la résolution des litiges découlant d'opérations internationales. Il s'ensuit que les incertitudes concernant le moment de la réception des communications risquent d'occasionner des retards dans la procédure, et il pourrait donc s'avérer nécessaire de définir une norme cohérente pour déterminer ce moment. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le Règlement s'applique aux litiges découlant d'opérations entre entreprises et entre entreprises et consommateurs, et se demander si des modifications ne seraient pas nécessaires dans la mesure où la Convention sur les communications électroniques vise les opérations entre entreprises. Il voudra peut-être noter qu'il existe plusieurs moyens de déterminer avec certitude le moment de la réception d'une communication électronique effectuée par l'intermédiaire de la plate-forme de résolution des litiges en ligne. Selon la règle générale énoncée à l'article 10 de la Convention sur les communications électroniques, une communication électronique

---

[7] L'article 10 de la Convention sur les communications électroniques met à jour l'article 15 de la Loi type sur le commerce électronique. Les modifications apportées à l'article 10 de la Convention sont conformes aux règles applicables à la communication papier et limitent la capacité du destinataire de retarder ou d'empêcher délibérément la transmission de la communication en s'abstenant d'y accéder. Elles tiennent aussi compte du fait que le système d'information du destinataire peut ne pas être accessible pour des raisons indépendantes de l'expéditeur (par exemple, l'utilisation de dispositifs filtrant les messages électroniques non sollicités (dispositifs "antispam")).

est réputée avoir été reçue par le destinataire à condition de pouvoir être relevée par celui-ci à une adresse électronique qu'il a désignée. Cette condition est réputée satisfaite lorsque la communication parvient à l'adresse électronique du destinataire.

27. Compte tenu de ce qui précède, le fait d'exiger un moment de réception plus précis, ainsi qu'il a été proposé à la vingt-quatrième session du Groupe de travail (A/CN.9/739, par. 52), risque en réalité de causer davantage d'incertitudes. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner les exemples ci-après lorsqu'il définira le moment de l'expédition et de la réception de la communication électronique:

a) Le moment où le prestataire de services de résolution des litiges en ligne expédie la communication électronique, c'est-à-dire le moment où cette communication quitte un système d'information dépendant de l'expéditeur (article 10-1 de la Convention sur les communications électroniques);

b) Le moment où la plate-forme de résolution des litiges en ligne (système d'information) expédie la communication électronique au destinataire;

c) Le moment où le prestataire de services de résolution des litiges en ligne notifie que la communication peut être relevée par le destinataire sur la plate-forme de résolution des litiges en ligne;

d) Le moment où la plate-forme de résolution des litiges en ligne expédie la notification selon laquelle la communication peut être relevée par le destinataire;

e) Le moment où le destinataire accède à la plate-forme de résolution des litiges en ligne et ouvre la communication électronique;

f) Le moment où le destinataire reçoit la notification selon laquelle la communication peut être relevée; et

g) Le moment où cette communication peut être relevée par le destinataire à l'adresse électronique que celui-ci a désignée (article 10-2 de la Convention sur les communications électroniques).

## 2. Ouverture de la procédure

28. **Projet d'article 4 (Ouverture de la procédure)**

"*1. Le demandeur communique au prestataire de services de résolution des litiges en ligne une notification conformément au formulaire de l'annexe A. La notification devrait, dans la mesure du possible, être accompagnée de toutes pièces et autres preuves invoquées par le demandeur ou s'y référer.*

*2. La notification est ensuite communiquée [rapidement] [sans délai] au défendeur par le prestataire de services de résolution des litiges en ligne.*

*3. Le défendeur communique au prestataire de services de résolution des litiges en ligne une réponse à la notification conformément au formulaire de l'annexe B dans les [sept (7)] jours calendaires suivant la réception de la notification. La réponse devrait, dans la mesure du possible, être accompagnée de toutes pièces et autres preuves invoquées par le défendeur ou s'y référer.*

*4. La procédure de résolution du litige en ligne est réputée commencer à la date de réception par le prestataire, sur la plate-forme de résolution des litiges en ligne, de la notification visée au paragraphe 1.*

*[5. Le défendeur peut, en réponse à la notification communiquée par le demandeur, introduire [auprès du même prestataire de services de résolution des litiges en ligne] une demande découlant de la même opération [ou des mêmes éléments de fait] que celle qui est visée [que ceux qui sont visés] par le demandeur dans la notification ('demande reconventionnelle').] La demande reconventionnelle est introduite dans les [sept (7)] jours calendaires [après que la notification de la première demande a été [communiquée au] [reçue par] le défendeur]. [La demande reconventionnelle est examinée dans la procédure de résolution du litige en ligne en même temps que la [première demande] [notification communiquée par le demandeur.]]*"

*Annexe A*

"*La notification contient:*

*a) Le nom et l'adresse électronique désignée du demandeur et de son représentant (le cas échéant) autorisé à agir pour son compte dans la procédure de résolution du litige en ligne;*

*b) Le nom et les adresses électroniques du défendeur et de son représentant (le cas échéant) tels que connus du demandeur;*

*c) Les motifs sur lesquels est fondée la demande;*

*d) Les solutions proposées pour régler le litige;*

*e) La déclaration du demandeur portant accord à sa participation à la procédure de résolution du litige en ligne [ou, le cas échéant, une déclaration indiquant que les parties sont convenues de recourir à une procédure de résolution des litiges en ligne en cas de litige entre elles];*

*f) La déclaration du demandeur indiquant qu'il n'a pas déjà engagé d'autres voies de droit contre le défendeur au sujet du même litige relatif à l'opération en cause;*

*g) Le lieu de situation du demandeur;*

*[h) La langue que le demandeur préfère utiliser dans la procédure;]*

*i) La signature du demandeur et/ou de son représentant sous forme électronique, y compris toutes autres méthodes d'identification et d'authentification;*

*[...]*"

*Annexe B*

*"La réponse contient:*

*a) Le nom et l'adresse électronique désignée du défendeur et de son représentant (le cas échéant) autorisé à agir pour son compte dans la procédure de résolution du litige en ligne;*

*b) Une réponse aux déclarations et allégations figurant dans la notification;*

*c) Les solutions proposées pour résoudre le litige;*

*[d) La déclaration du défendeur portant accord à sa participation à la procédure de résolution du litige en ligne;]*

*e) La déclaration du défendeur indiquant qu'il n'a pas déjà engagé d'autres voies de droit contre le demandeur au sujet du même litige relatif à l'opération en cause;*

*f) Le lieu de situation du défendeur;*

*[g) La langue que le défendeur préfère utiliser dans la procédure;]*

*h) La signature du défendeur et/ou de son représentant sous forme électronique, y compris toute autre méthode d'identification et d'authentification;*

*[…]*"

*Remarques*

*Paragraphes 2 et 3*

29. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que, selon les définitions qui seront données aux termes "prestataire de services de résolution des litiges en ligne" et "plate-forme de résolution des litiges en ligne", on pourrait prévoir la possibilité de communiquer les notifications au prestataire ou à la plate-forme. Ces paragraphes devront être alignés sur les dispositions relatives aux communications et sur les définitions des deux termes précités. Le Groupe de travail voudra peut-être noter également que la désignation du destinataire d'une communication électronique, qu'il s'agisse du prestataire ou de la plate-forme, peut avoir une incidence sur le moment de la réception de la communication électronique, lequel de son côté a une incidence sur la durée de la procédure de résolution du litige en ligne.

*Paragraphe 3*

30. À sa vingt-quatrième session, le Groupe de travail est convenu de conserver le terme "calendaire" dans le Règlement. Il voudra peut-être noter que les textes de la CNUDCI ne comportent aucune définition des jours "calendaires". L'article 2-6 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI prévoit toutefois la prorogation du délai imparti lorsque le dernier jour de ce délai est un jour férié ou chômé et précise que les jours fériés ou chômés qui tombent pendant le cours du délai sont comptés.

31. Le Groupe de travail se souviendra peut-être de sa décision tendant à préciser dans un document complémentaire que la question de l'heure devrait faire l'objet d'une interprétation souple dans le Règlement de procédure afin d'assurer un traitement équitable aux deux parties et que les prestataires de services de résolution des litiges en ligne pourraient élaborer leurs propres règles sur ce point pour autant qu'elles ne soient pas incompatibles avec le Règlement (A/CN.9/721, par. 99). Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner s'il convient d'aborder ces questions dans le Règlement, ainsi que les questions connexes de savoir comment le

délai prévu par celui-ci devrait être calculé et si le calcul devrait être laissé au prestataire de services de résolution des litiges en ligne et traité dans les lignes directrices et les exigences minimales à l'intention des prestataires.

*Paragraphe 4*

32. Le paragraphe 4 traite de l'ouverture de la procédure de résolution du litige en ligne. Sa formulation actuelle subordonne l'ouverture de la procédure à la réception de la notification émanant du demandeur, soit par le prestataire de services de résolution des litiges en ligne soit par le défendeur.

33. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner, dans le cas où la procédure de résolution du litige est conçue pour permettre aux parties et/ou aux prestataires de services de résolution des litiges en ligne de choisir une ou des phases spécifiques de la procédure, si chaque phase spécifique – négociation, médiation et arbitrage – devrait inclure sa propre définition de l'ouverture.

*Paragraphe 5*

34. Le paragraphe 5 du projet d'article 4 reflète la décision du Groupe de travail d'inclure une disposition sur les demandes reconventionnelles dans le Règlement (A/CN.9/739, par. 93). Ayant exprimé le souhait que la demande reconventionnelle soit définie (A/CN.9/739, par. 93), le Groupe de travail voudra peut-être inclure la définition ci-après dans le paragraphe 5 ou dans le projet d'article 2: "*[Le terme 'demande reconventionnelle' désigne la demande [indépendante] introduite par le défendeur [auprès du même prestataire de services de résolution des litiges en ligne] contre le demandeur et portant sur l'opération ou les éléments de fait visés par le demandeur dans la notification]]*".

35. Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que les demandes reconventionnelles soulèvent plusieurs interrogations:

a) Le défendeur doit-il introduire une nouvelle demande ou doit-il inclure la demande reconventionnelle dans sa réponse? La réponse à la notification peut-elle être réputée contenir une demande reconventionnelle? Faut-il en informer clairement le demandeur, le défendeur pouvant par exemple l'indiquer par un clic sur une case séparée? Le tiers neutre aura-t-il le pouvoir de décider qu'une réponse comprend ou constitue une demande reconventionnelle en l'absence de déclaration expresse du défendeur en ce sens?

b) Y aura-t-il une possibilité pour le demandeur de répondre à la demande reconventionnelle ou le tiers neutre aurait-t-il le pouvoir d'exiger du demandeur qu'il le fasse?

c) Qui tranche la question de savoir si la demande reconventionnelle relève de la demande initiale figurant dans la notification communiquée par le demandeur (A/CN.9/739, par. 92)? Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner dans quelle mesure cette question est traitée par le projet d'article 7, en particulier son paragraphe 4 (selon lequel le tiers neutre peut statuer sur sa propre compétence).

d) Le Règlement ou les documents complémentaires doivent-ils régir les motifs sur la base desquels décider qu'une demande reconventionnelle relève de la demande initiale?

e) La présentation d'une demande reconventionnelle empêche-t-elle le défendeur d'introduire une nouvelle demande relative à la même opération auprès d'un autre prestataire de services de résolution des litiges en ligne?

*Annexe A*

*Annexe A c) et d)*

36. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si l'annexe A devrait énumérer les motifs sur lesquels une demande peut se fonder et les types de réparations possibles. Dans la mesure où il est question d'un environnement international dans lequel les opérations réalisées sont très nombreuses et portent sur de faibles montants, il peut être nécessaire de limiter les types d'affaires à celles concernant des faits et des moyens de réparation simples, pour éviter le risque de submerger le système d'affaires complexes, ce qui le rendrait inefficace et onéreux.

*Annexe A f)*

37. Le Groupe de travail voudra peut-être noter qu'à sa vingt-troisième session, il a été estimé que l'annexe A f), accompagnée d'une disposition analogue à l'annexe B, pourrait être utile pour prévenir la multiplication des procédures portant sur un même litige (voir également la référence à l'annexe B d)) (A/CN.9/721, par. 122).

*Annexe A h)*

38. Par souci d'efficacité de la procédure, le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager d'exiger des parties qu'elles sélectionnent la langue de la procédure lorsqu'elles souhaitent utiliser une langue différente de celle qui a servi dans l'opération litigieuse (voir A/CN.9/WG.III/WP.112/Add.1, par. 20 à 25).

*Annexe A i)*

39. Le Groupe de travail se souviendra peut-être que lors de son débat, il avait souligné que des méthodes d'identification et d'authentification complexes n'étaient peut-être pas nécessaires aux fins de la résolution des litiges en ligne, et que les textes actuels de la CNUDCI sur le commerce électronique traitaient déjà de méthodes fiables et adaptées à l'objet pour lequel elles étaient utilisées (article 7-2 b) de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, A/CN.9/716, par. 49). Il serait peut-être plus approprié d'aborder la question de l'identification et de l'authentification des parties à une procédure de résolution d'un litige en ligne dans un document distinct du Règlement, tel que les lignes directrices et les exigences minimales à l'intention des prestataires de services de résolution des litiges en ligne. Il convient également de noter que les expressions "signature électronique" et "signature numérique" ne recouvrent pas la même chose. La signature électronique[8] désigne tout type de signature servant à identifier et à authentifier l'utilisateur, notamment dans le contexte de la gestion des identités[9].

---

[8] L'article 2 a) de la Loi type sur les signatures électroniques définit la signature électronique comme suit: "données sous forme électronique contenues dans un message de données ou jointes ou logiquement associées audit message, pouvant être utilisées pour identifier le signataire dans le cadre du message de données et indiquer qu'il approuve l'information qui y

*Annexe B*

40. L'annexe B traite de la réponse à la notification et fait pendant aux dispositions de l'annexe A.

*Annexe B a)*

41. Comme il en est de l'annexe A a) et b), la question de la protection des données ou du respect de la vie privée et de la sécurité en ligne lors de la communication d'informations concernant les parties durant la procédure de résolution du litige en ligne devrait être prise en considération (A/CN.9/721, par. 108).

*Annexe B b) et c)*

42. L'annexe B b) et c) fait pendant à l'annexe A c) et d) et selon le même principe, le Groupe de travail voudra peut-être examiner si l'annexe B devrait énumérer les réponses aux déclarations, allégations et solutions proposées qui figurent dans la notification.

*Annexe B d)*

43. Le Groupe de travail voudra peut-être envisager de modifier comme suit la formulation de l'alinéa d), à la lumière des avis qu'il pourrait avoir sur la question des conventions contraignantes conclues avant la survenue d'un litige par lesquelles les parties s'engagent à se soumettre à une procédure en ligne: "[*d) Une déclaration selon laquelle le défendeur accepte ou, le cas échéant, a accepté (par exemple, dans une convention d'arbitrage conclue avant le litige), de participer à la procédure de résolution du litige en ligne]*".

*Annexe B e) à h)*

44. L'annexe B e) à h) fait pendant à l'annexe A f) à i), respectivement.

## 3. Négociation

45. **Projet d'article 5 (Négociation)**

"*1. Si un accord est conclu, la procédure de résolution du litige en ligne est automatiquement close.*

*2. Si les parties n'ont pas résolu leur litige par voie de négociation dans les [dix (10)] jours calendaires qui suivent la réponse, la procédure de*

---

est contenue". La signature numérique a généralement recours aux technologies de la cryptographie comme l'infrastructure à clef publique qui, pour être efficace, nécessite une technologie et des moyens de mise en œuvre spécifiques.

[9] La gestion des identités pourrait se définir comme un système de procédures, de principes et de technologies visant à gérer le cycle de vie et les droits des utilisateurs, ainsi que les justificatifs électroniques d'identité. Il a été indiqué à titre d'exemple que la vérification de l'identité d'une personne ou d'une entité qui cherche à accéder à distance à un système, qui est l'auteur d'une communication électronique ou qui a signé un document électronique, relevait de ce que l'on désigne désormais par l'expression "gestion des identités". Il a en outre été indiqué que les fonctions de gestion des identités étaient remplies selon trois processus: identification, authentification et autorisation (voir A/CN.9/692 et A/CN.9/728).

*résolution du litige en ligne entre automatiquement dans la [les] phase[s] [suivante[s]] [de médiation [et d'arbitrage]].*

*3. Si le défendeur ne répond pas à la notification dans les [cinq (5)] [sept (7)] jours calendaires, il est présumé avoir refusé de négocier et la procédure de résolution du litige en ligne entre automatiquement dans la [les] phase[s] [suivante[s]] [de médiation [et d'arbitrage]] [, le prestataire de services de résolution des litiges en ligne procédant alors [rapidement] [sans délai] à la nomination du tiers neutre conformément à l'article 6 ci-dessous].*

*4. Les parties peuvent convenir de reporter une fois la date limite [de présentation de la réponse] [pour parvenir à un accord]. Toutefois, ce report ne peut dépasser [dix (10)] [cinq (5)] [sept (7)] jours calendaires.*

*[5. Lorsqu'une partie n'a pas exécuté un accord conclu au titre du paragraphe 1, l'une ou l'autre partie peut réintroduire une procédure de résolution du litige en ligne afin d'obtenir une [décision] [sentence] reprenant les termes de l'accord, [décision] [sentence] qu'un tiers neutre a le pouvoir de rendre.]*"

*Remarques*

46. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le Règlement prend en considération plusieurs hypothèses de travail concernant la négociation: la négociation directe menée par les parties au moyen de la plate-forme de résolution des litiges en ligne est une phase de la procédure de résolution du litige en ligne; la procédure en ligne se compose de trois phases – négociation, médiation et arbitrage – étant entendu qu'il peut être envisagé de réduire ce nombre à deux phases; une partie pourrait refuser la négociation et demander à passer à la phase suivante; et il existe différents types de négociation, notamment la négociation automatique et la négociation assistée (A/CN.9/739, par. 94). Il existe d'autres hypothèses de travail, dont les suivantes: si les parties ne parviennent pas à un accord lors de la phase de négociation, l'affaire entre automatiquement dans la phase suivante (A/CN.9/739, par. 103); la procédure de résolution du litige en ligne forme un tout et l'ouverture de celle-ci inclut celle de la négociation (A/CN.9/739, par. 95).

47. Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que la phase de négociation peut comporter soit une négociation assistée, soit une négociation automatique ou les deux. Dans une négociation assistée, les parties cherchent à parvenir à un accord en communiquant à l'aide des moyens électroniques mis à leur disposition par le prestataire de services de résolution des litiges en ligne. Dans une négociation automatique, chaque partie propose, pour résoudre le litige, une solution, généralement en termes monétaires, qui n'est pas communiquée à l'autre partie. Le logiciel compare ensuite les deux propositions et tente de parvenir à un accord pour les parties si les propositions se situent dans une fourchette donnée. Le Règlement devrait peut-être prendre en compte le recours à la négociation automatique, où la technologie (le logiciel) "négocie" l'accord sur la base des propositions faites par les parties. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si les dispositions relatives à la négociation devraient inclure la négociation assistée et la négociation automatique.

*Paragraphe 2*

48. En l'état, le texte tient compte du fait que les parties doivent régler leur litige par voie de négociation dans un délai de 10 jours au terme duquel l'affaire passe automatiquement à la phase suivante. Toutes les références à la nomination d'un tiers neutre ont été supprimées dans le paragraphe (A/CN.9/739, par. 97).

49. Le texte actuel ne prévoit pas la possibilité pour les parties de choisir ou de demander le passage à la phase suivante et il n'indique pas non plus ce que fait le prestataire de services de résolution des litiges en ligne lorsque la procédure entre effectivement dans la phase suivante, autrement dit si "*[le prestataire procède alors [rapidement] [sans délai] à la nomination du tiers neutre, conformément à l'article 6 ci-dessous]*", ce libellé ayant été supprimé. À ce stade de la procédure, aucun tiers neutre n'a encore été nommé en application du Règlement (A/CN.9/739, par. 97). Le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager d'introduire le passage ci-dessus dans le paragraphe 2 ou ailleurs dans le Règlement.

*Paragraphe 3*

50. Dans le paragraphe 3, la procédure entre automatiquement dans la phase suivante lorsque la notification n'a été suivie d'aucune réponse, ce qui est conforme au paragraphe 2 et à la décision du Groupe de travail (A/CN.9/739, par. 97). Ce dernier voudra peut-être examiner l'autre option ci-après selon laquelle le passage de la négociation à la phase de médiation et ensuite à l'arbitrage sera le résultat du consentement exprès des parties: "*3. Si le défendeur ne répond pas à la notification dans les [cinq (5)] [sept (7)] jours calendaires, il est présumé avoir refusé de négocier et chaque partie a la possibilité de passer à la [aux] phase[s] [suivante[s]] [de médiation [et d'arbitrage]]*".

*Paragraphe 4*

51. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la question de savoir si l'objectif est de proroger le délai imparti pour communiquer une réponse (conformément au projet d'article 4, par. 3), pour parvenir à un accord (conformément au projet d'article 5, par. 2), ou les deux. Les deux possibilités sont offertes et elles pourraient être formulées dans des paragraphes distincts, s'il est décidé de les retenir l'une et l'autre.

52. Le Groupe de travail voudra peut-être aussi examiner si la possibilité de prolonger la phase de négociation devrait être laissée à l'appréciation des parties ou si le prestataire de services de résolution des litiges en ligne pourrait refuser une telle prolongation.

*Paragraphe 5*

53. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la question de savoir s'il devrait y avoir un délai pour réintroduire une procédure lorsque l'accord n'est pas exécuté (A/CN.9/739, par. 107 à 110).

# A/CN.9/WG.III/WP.112/Add.1 (Original: anglais)

## Note du Secrétariat sur la résolution des litiges en ligne dans les opérations internationales de commerce électronique: projet de règlement de procédure, soumise au Groupe de travail III (Règlement des litiges en ligne) à sa vingt-cinquième session

ADDITIF

**TABLE DES MATIÈRES**

*Paragraphes*

C. Notes sur le projet de règlement de procédure (*suite*) . . . . . 1-31

4. Tiers neutre . . . . . 1-9

5. [Médiation et arbitrage] . . . . . 10-12

6. Décision du tiers neutre. . . . . 13-18

7. Autres dispositions . . . . . 19-31

---

## B. Notes sur le projet de règlement de procédure (*suite*)

### 4. Tiers neutre

1. **Projet d'article 6 (Nomination du tiers neutre)**

"*1. Le prestataire de services de résolution des litiges en ligne, par l'intermédiaire de la plate-forme de résolution des litiges en ligne, nomme le tiers neutre en le choisissant dans une liste de tiers neutres qualifiés qu'il tient.*

*2. Le tiers neutre se déclare indépendant et signale au prestataire toutes circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou sur son indépendance. Le prestataire communique ces informations aux parties.*

*3. Chaque partie peut formuler des objections à l'encontre de la nomination du tiers neutre dans les [deux (2)] jours calendaires suivant la notification de la nomination. Lorsqu'une partie formule des objections à l'encontre de la nomination du tiers neutre, celui-ci est automatiquement disqualifié et le prestataire de services de résolution des litiges en ligne en nomme un autre à sa place. Les possibilités de formuler de telles objections sont limitées à [trois (3)] par partie, après quoi la nomination d'un tiers neutre par le prestataire est définitive.*

*4. Une fois le tiers neutre nommé, le prestataire de services de résolution de litiges en ligne notifie cette nomination aux parties et fournit au tiers neutre toutes les communications et pièces reçues des parties concernant le litige. Chaque partie peut refuser, dans un délai de [trois (3)] jours calendaires*

*après avoir reçu la notification de la nomination du tiers neutre, de fournir à ce dernier les informations générées pendant la phase de négociation.*

*5. Si, au cours de la procédure de résolution du litige en ligne, le tiers neutre doit être remplacé, le prestataire de services de résolution des litiges en ligne, par l'intermédiaire de la plate-forme de résolution des litiges en ligne, procède à la nomination d'un remplaçant et en informe les parties [rapidement] [sans délai]. La procédure reprend au stade où le tiers neutre remplacé a cessé d'exercer ses fonctions.*

*[6. Sauf convention contraire des parties, il est nommé un seul tiers neutre.]*"

*Remarques*

*Paragraphe 3*

2. Le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager d'introduire les mots "la réception de" entre "jours calendaires suivant" et "la notification de la nomination" de façon à préciser le moment auquel le délai commence à courir.

*Paragraphe 4*

3. Le Groupe de travail voudra peut-être préciser si "toutes les communications et pièces reçues des parties concernant le litige" devraient inclure les communications échangées au stade de la négociation, puisque le demandeur, au moment du dépôt de sa notification, est tenu de soumettre les preuves et pièces se rapportant au litige.

4. Le Groupe de travail voudra peut-être aussi envisager de conserver les mots entre crochets qui donnent aux parties la possibilité de refuser de fournir au tiers neutre les informations générées pendant la phase de négociation.

*Paragraphe 6*

5. À sa vingt-deuxième session, le Groupe de travail est convenu que, sauf accord contraire des parties, il devrait y avoir un seul tiers neutre (A/CN.9/716, par. 62).

6. **Projet d'article 7 (Pouvoirs du tiers neutre)**

"*1. Le tiers neutre, en acceptant sa nomination, est réputé s'être engagé à consacrer suffisamment de temps à la procédure de résolution du litige en ligne pour que celle-ci puisse se dérouler et s'achever rapidement conformément au Règlement.*

*2. Sans préjudice du Règlement, le tiers neutre peut conduire la procédure de résolution du litige en ligne comme il le juge approprié, [sous réserve de garanties visant à préserver son impartialité et l'intégrité du processus,] pourvu que les parties soient traitées sur un pied d'égalité. Le tiers neutre, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, conduit la procédure en ligne de manière à éviter les retards et les dépenses inutiles et à assurer un règlement équitable et efficace du litige. Ce faisant, il adopte un comportement juste et fait preuve à tout instant d'une complète indépendance et impartialité.*

*3. Le tiers neutre conduit la procédure en ligne sur la base des pièces présentées par les parties et de leurs communications au prestataire de services de résolution des litiges en ligne, dont il détermine la pertinence. La procédure en ligne est conduite sur la base de ces éléments uniquement, sauf décision contraire du tiers neutre.*

*4. À tout moment de la procédure, le tiers neutre peut demander aux parties ou leur permettre (aux conditions qu'il détermine relativement aux frais et à d'autres questions) de fournir des informations supplémentaires et de produire des preuves complémentaires, en leur fixant un délai à cet effet. [Chaque partie doit apporter la preuve des faits sur lesquels elle fonde ses chefs de demande ou ses moyens de défense.]*

*5. Le tiers neutre peut statuer sur sa propre compétence, y compris sur toute exception relative à l'existence ou à la validité d'une convention soumettant le litige à une procédure en ligne. À cette fin, une clause de règlement des litiges faisant partie d'un contrat est considérée comme une convention distincte des autres clauses du contrat. La constatation de la nullité du contrat par une [décision] [sentence] du tiers neutre n'entraîne pas de plein droit la nullité de la clause de règlement des litiges.*

*[6. S'il lui apparaît qu'il n'est pas certain que le défendeur ait reçu la notification [ou toute autre communication] conformément au Règlement, le tiers neutre peut demander les renseignements ou prendre les mesures qu'il juge nécessaires pour s'assurer de cette réception et, ce faisant, proroger tout délai prévu par le Règlement si nécessaire.]*"

*Remarques*

*Paragraphe 1*

7. Le paragraphe 6 du projet d'article 6 est devenu le paragraphe 1 du projet d'article 7 pour refléter la décision selon laquelle il était préférable de considérer la disponibilité du tiers neutre pour traiter des cas de résolution de litiges en ligne comme une obligation plutôt que comme une condition préalable à sa nomination (A/CN.9/739, par. 123).

*Paragraphe 4*

8. Le Groupe de travail souhaitera peut-être insérer la phrase entre crochets, qui soulève la question du régime de la preuve, à un autre endroit dans le Règlement (A/CN.9/739, par. 127).

*Paragraphe 6*

9. Le paragraphe 6 du projet d'article 7 reflète la décision du Groupe de travail d'inclure une disposition autorisant le tiers neutre à trancher les questions relatives au défaut de réception des communications par un défendeur (A/CN.9/739, par. 101). Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la question de savoir s'il est plus approprié d'insérer la disposition proposée dans le projet d'article 7 ou dans le projet d'article 4.

### 5. [Médiation et arbitrage]

10. **Projet d'article 8 (Médiation)**

"*1. Le tiers neutre évalue le litige sur la base des informations présentées et communique avec les parties pour essayer de parvenir à un accord. Si les parties s'accordent, la procédure de résolution du litige en ligne est automatiquement close. Si les parties ne parviennent pas à un accord dans les dix (10) jours calendaires, [elles peuvent passer [à la] [aux] [phase[s]] suivante(s) de la procédure de résolution du litige en ligne] [le tiers neutre rend une [décision] [sentence] en application de l'article 9].*

*[2. Si, du fait de son intervention dans la médiation, un tiers neutre craint de ne pouvoir demeurer impartial ou indépendant pendant la suite de la procédure de résolution du litige en ligne visée à l'article 9, il démissionne et en informe les parties et le prestataire de services de résolution des litiges en ligne.]*"

*Remarques*

*Paragraphe 2*

11. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si le paragraphe 2 devrait être inséré dans le projet d'article 8 ou dans le paragraphe 2 du projet d'article 6. Il souhaitera peut-être envisager également d'inclure une disposition équivalente dans le projet d'article 9, lorsque le tiers neutre nommé pour la phase d'arbitrage n'est pas le même que pendant la phase de médiation.

12. Le Groupe de travail souhaitera peut-être également examiner si une médiation devrait prendre fin par la conclusion d'un accord soit dans tous les cas soit lorsqu'une partie le demande.

### 6. Décision du tiers neutre

13. **Projet d'article 9 ([Prononcé de la] [Communication de la] [décision] [sentence])**

"*1. Le tiers neutre rend une [décision] [sentence] [rapidement] [sans délai] et, en tout état de cause, dans les sept (7) jours calendaires après que les parties lui ont soumis leurs conclusions finales[, ce délai pouvant être prorogé de sept (7) jours calendaires]. Le prestataire de services de résolution des litiges en ligne communique la [décision] [sentence] aux parties. Le non-respect de ce délai ne constitue pas un motif de contestation de la [décision] [sentence].*

*2. La [décision] [sentence] est rendue par écrit, signée par le tiers neutre [et brièvement motivée,] et porte mention de la date à laquelle elle a été rendue.*

*[3. La [décision] [sentence] est définitive et s'impose aux parties. Les parties exécutent [rapidement] la [décision] [sentence] sans délai].*

*4. Dans les [cinq (5)] jours calendaires qui suivent la réception de la [décision] [sentence], une partie peut, moyennant notification à l'autre, demander au tiers neutre de rectifier dans le texte de la [décision] [sentence]*

*toute erreur de calcul, toute erreur matérielle ou typographique [ou toute erreur ou omission de même nature]. Si le tiers neutre considère que la demande est justifiée, il fait la rectification [en en indiquant brièvement les motifs] dans les [deux (2)] jours calendaires qui suivent la réception de la demande. Ces rectifications [sont faites par écrit et] font partie intégrante de la [décision] [sentence].*

*5. Dans tous les cas, le tiers neutre statue conformément aux stipulations du contrat, en ayant égard aux circonstances et faits pertinents[, et tient compte de tout usage du commerce applicable à l'opération].*"

*Remarques*

*Paragraphe 1*

14. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander ce qui se passerait si un tiers neutre ne rendait pas de décision dans le délai fixé dans ce paragraphe (A/CN.9/739, par. 133) et examiner la proposition d'infliger des sanctions visant la réputation aux parties à la procédure de résolution du litige en ligne qui ne respectent pas leurs obligations (A/CN.9/739, par. 136).

*Paragraphe 2*

15. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la question de savoir si un tiers neutre doit motiver sa décision (A/CN.9/739, par. 137).

*Paragraphe 3*

16. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le paragraphe 3 a été mis entre crochets parce qu'il traite de questions soulevées dans le projet d'article premier et dans le libellé entre crochets y figurant ["*sous réserve du droit des parties d'exercer d'autres formes de recours*"] (A/CN.9/739, par. 138).

*Paragraphe 4*

17. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la question de savoir si la rectification apportée par un tiers neutre à sa décision doit être motivée (A/CN.9/739, par. 139).

*Paragraphe 5*

18. Le Groupe de travail voudra peut-être noter qu'il a été suggéré de supprimer le paragraphe 5 du projet d'article 9 dans la mesure où il porte sur les principes juridiques de fond pour la résolution des litiges, et de l'insérer ailleurs (A/CN.9/739, par. 141). Il voudra peut-être aussi noter que cette question est traitée dans le document A/CN.9/WG.III/WP.113.

## 7. Autres dispositions

19. **Projet d'article 10 (Langue de la procédure)**

"*[La procédure de résolution du litige en ligne est conduite dans la même langue que celle utilisée dans l'opération litigieuse, [à moins que les parties ne soient convenues d'une autre langue] [à moins que le tiers neutre n'en*

*décide autrement]. [Si les parties ne s'entendent pas sur la langue de la procédure, celle-ci est déterminée par le tiers neutre.]]*"

*Remarques*

20. Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que dans certaines situations, la langue utilisée dans une opération peut être différente pour le vendeur et pour l'acheteur selon leurs lieux de situation respectifs. Par exemple, un vendeur peut avoir accès à un site Web de vente dans une langue alors que le site Web change automatiquement de langue selon l'adresse IP de l'acheteur, qui reflète le lieu de situation de ce dernier et la langue qui y est communément utilisée. En pareil cas, il pourrait s'avérer difficile d'identifier "la même langue que celle utilisée dans l'opération".

21. De plus, un argument habituellement avancé contre le choix de la langue de l'opération comme langue de la procédure consiste à dire que le degré de compréhension d'une langue nécessaire pour conclure une opération peut être différent de celui qu'il convient d'avoir pour faire valoir ses droits. Grâce à la technologie, on peut aider les parties à surmonter ce genre de problèmes linguistiques et les utilisateurs peuvent soumettre une demande même lorsqu'ils ne comprennent que très peu la langue de la plate-forme de résolution des litiges en ligne. Il conviendrait toutefois de garder à l'esprit qu'une plate-forme donnée peut ne pas avoir la capacité de fournir ces services technologiques et ne pas être en mesure de s'adapter à toutes les langues.

22. Pour permettre aux parties de parvenir plus facilement à un accord sur la langue de la procédure, le Groupe de travail souhaitera peut-être leur permettre, dans les annexes A et B du projet d'article 4, de choisir la langue (voir A/CN.9/WG.III/WP.112, par. 38).

23. Le projet d'article 10 reflète la suggestion du Groupe de travail tendant à ce que, dans les cas où les parties ne s'entendent pas sur la langue de la procédure, cette question soit laissée à la libre appréciation du tiers neutre (A/CN.9/716 par. 105). Dans ce cas, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la façon dont la langue de la procédure doit être déterminée avant l'intervention du tiers neutre et les motifs sur la base desquels le tiers neutre décidera de la langue de la procédure.

24. Le Groupe de travail voudra peut-être noter aussi que lorsque le tiers neutre doit examiner les pièces justificatives produites par les parties, le prestataire de services de résolution des litiges en ligne aura peut-être besoin de nommer un tiers neutre comprenant la ou les langues utilisées.

25. Il a été proposé d'inclure un paragraphe distinct, libellé comme suit (A/CN.9/739, par. 143): "*Le prestataire de services de résolution des litiges en ligne œuvrant auprès de parties de langues différentes doit veiller à ce que son système, ses règles et les tiers neutres tiennent compte de ces différences et il instaure des mécanismes pour répondre aux besoins des parties à cet égard*". Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la question de savoir s'il ne vaudrait pas mieux insérer cette phrase dans les lignes directrices et les exigences minimales à l'intention des prestataires de services de résolution des litiges en ligne.

26. **Projet d'article 11 (Représentation)**

"*Une partie peut se faire représenter ou assister par une ou plusieurs personnes de son choix. Les noms et adresses électroniques désignées de cette ou ces personnes [et le mandat de représentation] doivent être communiqués à l'autre partie par le prestataire de services de résolution des litiges en ligne.*"

27. **Projet d'article 12 (Exonération de la responsabilité)**

"*[Sauf faute intentionnelle ou faute lourde, ni le tiers neutre ni le prestataire de services de résolution des litiges en ligne n'assument de responsabilité envers les parties pour un acte ou une omission en relation avec une procédure de résolution d'un litige en ligne menée dans le cadre du Règlement.]*"

*Remarques*

28. Le projet d'article 12 traite de la question de l'exonération de responsabilité des personnes impliquées dans la procédure en ligne. Il est semblable à l'article 16 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, avec les modifications nécessaires.

29. **Projet d'article 13 (Frais)**

"*[Le tiers neutre ne rend aucune [décision] [sentence] sur les frais et chaque partie supporte ses propres frais.]*"

*Remarques*

30. Le terme "frais" désigne le montant qu'une partie (en général la partie qui succombe) doit verser à l'autre partie (en général la partie gagnante) en compensation des frais que la partie gagnante a exposés pour faire valoir ses droits.

31. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si, dans le cas où le demandeur obtient gain de cause à l'issue d'une procédure en ligne dans laquelle intervient le tiers neutre, ses frais d'introduction de la demande devraient être payés par la partie qui succombe.

## F. Note du Secrétariat sur le règlement des litiges en ligne dans les opérations internationales de commerce électronique: autres questions à examiner en concevant un cadre mondial pour le règlement des litiges en ligne, soumise au Groupe de travail III (Règlement des litiges en ligne) à sa vingt-cinquième session (A/CN.9/WG.III/WP.113)

**[Original: anglais]**

**TABLE DES MATIÈRES**


*Paragraphes*

I. Introduction . . . . . 1-3

II. Règlement des litiges en ligne dans les opérations électroniques internationales: questions à examiner en concevant un cadre mondial pour le règlement des litiges en ligne . . . . . 4-16

A. Remarques générales sur le cadre mondial de règlement des litiges en ligne . . 4-6

B. Lignes directrices et exigences minimales pour les administrateurs de procédures en ligne . . . . . 7-8

C. Lignes directrices et exigences minimales pour les tiers neutres . . . . . 9

D. Principes pour le règlement des litiges en ligne . . . . . 10-14

E. Examen de l'incidence des délibérations du Groupe de travail sur la protection du consommateur; compte rendu à la Commission . . . . . 15-16


# I. Introduction

1. À sa quarante-troisième session (New York, 21 juin-9 juillet 2010), la Commission est convenue de créer un groupe de travail chargé d'entreprendre des travaux sur la question du règlement des litiges en ligne dans les opérations internationales de commerce électronique, notamment les opérations entre entreprises et les opérations entre entreprises et consommateurs. Il a également été convenu que la forme de la norme juridique à élaborer serait arrêtée une fois que la question aurait été examinée plus avant[1]. À sa quarante-quatrième session (Vienne, 27 juin-8 juillet 2011), la Commission a réaffirmé que le mandat du Groupe de travail portait sur le règlement en ligne des litiges relatifs aux opérations électroniques internationales, notamment les opérations entre entreprises et les opérations entre entreprises et consommateurs.

2. À ses vingt-deuxième (Vienne, 13-17 décembre 2010) et vingt-troisième (New York, 23-27 mai 2011) sessions, le Groupe de travail a examiné le sujet du règlement des litiges en ligne et demandé au Secrétariat, sous réserve des ressources

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), par. 257.

disponibles, d'entreprendre des travaux de recherche et d'établir divers documents se rapportant à un cadre de règlement des litiges en ligne (A/CN.9/716, par. 115 et A/CN.9/721, par. 140).

3. Faisant suite au document A/CN.9/WG.III/WP.110 qui porte sur des questions liées à la conception d'un cadre mondial pour le règlement des litiges en ligne, la présente note contient d'autres questions à examiner dans ce contexte et des remarques générales relatives aux documents mentionnés dans le projet de règlement de procédure en tant qu'appendices (A/CN.9/WG.III/WP.112, par. 8 et 11), dont des lignes directrices destinées aux administrateurs de procédures en ligne, des lignes directrices à l'intention des tiers neutres et des principes pour résoudre les litiges en ligne à l'aide du cadre mondial.

# II. Règlement des litiges en ligne dans les opérations électroniques internationales: questions à examiner en concevant un cadre mondial pour le règlement des litiges en ligne

## A. Remarques générales sur le cadre mondial de règlement des litiges en ligne

4. Le cadre général de règlement des litiges en ligne pourra se composer d'un règlement de procédure (le Règlement) pour résoudre les litiges et d'autres documents distincts et supplémentaires le complétant. Le Règlement régira les modalités d'ouverture, de traitement, de décision et de clôture de la procédure (voir A/CN.9/WG.III/WP.112). L'un des documents complémentaires renfermera des lignes directrices et les exigences minimales pour les administrateurs de procédures en ligne et indiquera comment un administrateur devrait gérer les procédures et exploiter une plate-forme de résolution des litiges en ligne conformément au Règlement. Un autre document pourra comprendre un code de conduite et les exigences minimales pour les personnes qui font office de tiers neutres dans le règlement des litiges en ligne. Tous les documents complémentaires devraient être conformes au Règlement et être influencés par la façon dont celui-ci sera formulé.

5. Il est prévu que d'autres documents complémentaires porteront sur les principes régissant le règlement des litiges et sur un mécanisme international d'exécution (voir A/CN.9/WG.III/WP.110, par. 20 à 49).

6. La forme finale de ces documents et la question de savoir s'ils devraient faire partie du Règlement ou non seront tranchées par le Groupe de travail (projet de préambule, A/CN.9/WG.III/WP.112, par. 8).

## B. Lignes directrices et exigences minimales pour les administrateurs de procédures en ligne

7. Les lignes directrices et exigences minimales pour les administrateurs de procédures en ligne ("Lignes directrices pour les administrateurs") pourraient aborder des questions telles que la façon dont l'administrateur doit gérer les procédures de règlement des litiges en ligne et exploiter une plate-forme

conformément au Règlement, et fournir des explications sur la façon dont ces mesures complètent et facilitent l'utilisation du Règlement. Les Lignes directrices pour les administrateurs visent à apporter davantage de précisions au Règlement s'agissant des aspects techniques et des aspects de conception des plates-formes (A/CN.9/WG.III/WP.107, par. 14). Par ailleurs, elles pourraient mentionner le respect de principes généraux tels que les principes de neutralité technologique, ainsi que d'interopérabilité et d'extensibilité des technologies (A/CN.9/WG.III/WP.107, par. 20, voir la proposition soumise par le Gouvernement canadien sur l'élaboration des principes applicables aux tiers neutres et aux administrateurs de procédures de résolution des litiges en ligne (A/CN.9/WG.III/WP.114)).

8. Les Lignes directrices pour les administrateurs doivent être lues conjointement avec le Règlement, mais leur contenu dépendra dans une certaine mesure des questions que le Groupe de travail décidera d'exclure du Règlement. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que les questions relatives aux exigences fonctionnelles et aux spécifications techniques de l'exploitation d'une plate-forme et d'autres questions connexes auraient peut-être intérêt à être traitées en dehors du Règlement[2].

## C. Lignes directrices et exigences minimales pour les tiers neutres

9. Les lignes directrices et exigences minimales pour les tiers neutres ("Lignes directrices pour les tiers neutres") prévoiront probablement un code de conduite (A/CN.9/716, par. 67); des principes fondamentaux essentiels pour les tiers neutres tels que l'indépendance, la neutralité et l'impartialité (A/CN.9/716, par. 66) (proposition soumise par le Gouvernement canadien sur l'élaboration des principes applicables aux tiers neutres et aux administrateurs de procédures de résolution des litiges en ligne (A/CN.9/WG.III/WP.114)); ainsi que la possession des compétences nécessaires sur le plan professionnel et en matière de règlement des litiges (A/CN.9/716, par. 63). Le document pourra définir un système d'accréditation et de réaccréditation des tiers neutres, éventuellement en deux phases: une phase initiale fondée sur l'expérience pertinente et une deuxième phase axée sur un examen périodique s'appuyant sur les commentaires des utilisateurs des services de règlement des litiges en ligne (A/CN.9/716, par. 65).

## D. Principes pour le règlement des litiges en ligne

10. Le Groupe de travail se souviendra peut-être de son débat et de la suggestion de fonder les décisions sur des principes équitables, des codes de conduite, des règles génériques uniformes ou des ensembles de dispositions de fond, ce qui

---

[2] Il peut s'agir: a) des fondements légaux ou juridictionnels de la mise en place d'administrateurs de procédures en ligne et/ou de la maintenance et de l'exploitation des plates-formes; b) des spécifications techniques, des normes ou des technologies spécifiques utilisées pour l'identification, l'authentification ou d'autres exigences d'une plate-forme; c) des spécifications relatives aux installations et au matériel utilisés pour le règlement des litiges en ligne, y compris toute technologie spécifique (par exemple, des algorithmes ou des logiciels basés sur ces derniers).

permettrait d'éviter les problèmes complexes qui pourraient résulter de l'interprétation des règles concernant la loi applicable. Il a également été déclaré que la plupart des affaires traitées dans le cadre du règlement des litiges en ligne pourraient être tranchées sur la base des termes du contrat, sans qu'il soit vraiment nécessaire de recourir à des principes juridiques complexes, et que toute règle énoncée pour le règlement des litiges en ligne devrait être simple, efficace et souple. Certains ont considéré qu'il fallait un ensemble de principes juridiques généraux applicables à un système factuel limité (A/CN.9/716, par. 101).

11. Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que, dans la mesure où il est question d'un environnement international dans lequel les opérations réalisées sont très nombreuses et portent sur de faibles montants, il peut être nécessaire de limiter les types d'affaires traitées à celles concernant des faits et des moyens de réparation simples, pour éviter le risque de submerger le système d'affaires complexes, ce qui le rendrait inefficace et onéreux (A/CN.9/716, par. 101).

12. Le cadre mondial pour le règlement des litiges en ligne doit servir à résoudre des litiges qui résultent d'opérations électroniques portant sur de faibles montants et de gros volumes et qui ont trait pour la plupart à un nombre limité de problèmes, tels que des marchandises non commandées, non livrées/non fournies, non conformes à leur description, etc. En revanche, il n'est pas destiné à résoudre des litiges concernant notamment des lésions corporelles, des dommages indirects et le recouvrement de créances (A/CN.9/739, par. 18). Le Groupe de travail voudra peut-être se référer à ses délibérations sur la question de savoir si le Règlement devrait comprendre une liste exhaustive des litiges relevant de son champ d'application ou de ceux qui en sont exclus (A/CN.9/721, par. 50).

13. Pour simplifier le processus et faire en sorte que le règlement des litiges en ligne soit simple et efficace pour les utilisateurs, le Groupe de travail voudra peut-être envisager d'établir dans les projets d'annexes A et B du Règlement (A/CN.9/WG.III/WP.112, par. 28) une liste des motifs possibles et des réponses correspondantes à inclure respectivement dans les notifications et les réponses prévues à l'article 4. Le libellé proposé dans ces annexes – avec des cases à cocher et un texte prérédigé – viserait à préciser les types de motifs que les demandeurs peuvent avancer et les types de réponses à la disposition des défendeurs. Cela pourrait à son tour permettre de déterminer quelles sont, parmi un nombre limité de réparations, celles qui sont appropriées pour régler une affaire particulière (A/CN.9/721, par. 109).

14. Si le Groupe de travail décide d'adopter l'approche consistant à énumérer les motifs et les moyens de réparation possibles visés à l'article 4 du Règlement, il voudra peut-être s'interroger sur la nécessité de maintenir une référence au document supplémentaire sur les principes régissant le règlement des litiges qui est actuellement mentionné dans le projet de préambule du Règlement (A/CN.9/WG.III/WP.112, par. 8).

## E. Examen de l'incidence des délibérations du Groupe de travail sur la protection du consommateur; compte rendu à la Commission

15. À sa quarante-quatrième session, la Commission a "... décidé qu'en général, dans l'exécution de son mandat, le Groupe de travail devrait aussi examiner

spécifiquement l'incidence de ses délibérations sur la protection du consommateur et lui en rendre compte à sa session suivante"[3].

16. De ses vingt-deuxième à vingt-quatrième sessions, le Groupe de travail a, à plusieurs reprises, formulé des observations sur les questions relatives à la protection du consommateur[4]. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que les points clefs soulevés et les vues exprimées dans le cadre de ces discussions étaient notamment les suivants:

a) La protection du consommateur étant une importante considération d'ordre public, la législation dans ce domaine était très spécifique dans les différents États et il fallait prendre garde à ce que l'approche retenue en ce qui concerne le règlement des litiges en ligne ne diminue pas les droits du consommateur au niveau national. En veillant à ne pas empiéter sur les droits des consommateurs découlant des législations nationales en la matière, on contribuerait à créer parmi eux un sentiment de confiance envers le règlement des litiges en ligne, et il n'appartenait pas au Groupe de travail de traiter de l'harmonisation des lois nationales de protection des consommateurs;

b) Les travaux actuels visaient à créer un système général distinct pour le règlement des différends internationaux concernant les opérations internationales portant sur de gros volumes et de faibles montants. En l'occurrence, les consommateurs n'exerçaient probablement pas les droits qu'ils pouvaient avoir, étant donné que le coût de la démarche était disproportionné par rapport à la valeur de l'achat et que, par ailleurs, l'exécution des sentences s'avérait difficile. Actuellement, dans la plupart des opérations internationales, les consommateurs n'avaient dans la pratique aucun droit et la création d'une norme sur le règlement des litiges en ligne pourrait donc avoir pour effet de créer de tels droits. Avec les méthodes de règlement "amiable" telles que le traitement des réclamations, la négociation et la conciliation, les parties consentiraient librement à un règlement et les droits que leur confère la législation sur la consommation ne seraient pas menacés. Dans le cas de l'arbitrage, une norme serait nécessaire pour préserver les protections prévues par cette législation et la question se posait donc de savoir quel serait le droit applicable à un arbitrage en ligne. Une norme sur le règlement des litiges en ligne pourrait consacrer les "principes essentiels" du droit de la protection des consommateurs. Les principes pour la prise de décisions devraient tenir compte de la nécessité d'un degré élevé de protection des consommateurs;

c) Tout accord de règlement des litiges devrait être notifié de manière claire et adéquate pour bien faire comprendre au consommateur les obligations auxquelles il s'engage et les conséquences de son choix de la législation; un tel accord devrait être distinct des dispositions principales du contrat pour mieux attirer l'attention du consommateur sur ce point. Les organismes de protection des consommateurs pourraient aider ou représenter les consommateurs qui entament la procédure de règlement des litiges;

---

[3] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 17* (A/66/17), par. 218.

[4] A/CN.9/716, par. 4, 19, 23, 42 à 45, 48, 50, 52 à 54, 76, 87, 89, 90, 96, 101, 104 et 106; A/CN.9/721, par. 41 à 43, 46 et 86; A/CN.9/739, par. 25 à 28 et 73.

d) La langue de la procédure de règlement des litiges en ligne et, partant, la bonne compréhension du processus étaient essentielles pour les consommateurs; le niveau de compréhension nécessaire n'était pas le même selon qu'il s'agissait de conclure des contrats par opérations électroniques ou de mener un processus de règlement des litiges en ligne.

## G. Note du Secrétariat sur la proposition de principes applicables aux tiers neutres et aux administrateurs de procédures de résolution des litiges en ligne, soumise au Groupe de travail III (Règlement des litiges en ligne) à sa vingt-cinquième session (A/CN.9/WG.III/WP.114)

**[Original: anglais]**

En vue de la vingt-cinquième session du Groupe de travail III (Règlement des litiges en ligne), le Gouvernement canadien a soumis au Secrétariat, le 12 mars 2012, la note jointe en annexe relative à une proposition de principes applicables aux tiers neutres et aux administrateurs de procédures de résolution des litiges en ligne.

La proposition présentée en annexe est la traduction d'un document reproduit tel qu'il a été reçu par le Secrétariat.

# I. Contexte

Le secrétariat de la CNUDCI a rédigé un projet de règlement de procédure (A/CN.9/WG.III/WP.109) qui régit la procédure de résolution des litiges en ligne au cours de trois étapes, soit: 1) négociations, 2) conciliation et 3) décision par un tiers neutre. Il s'agit de règles de procédure simplifiées similaires au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, mais adaptées au contexte de la résolution des litiges en ligne.

L'administrateur de procédures de résolution des litiges en ligne exploite des systèmes en ligne. Il peut opérer dans un ou plusieurs pays. Il offre ses services – en particulier le règlement en ligne de litiges concernant des opérations internationales – directement aux consommateurs et aux entreprises. Un aspect important de son offre de services repose sur la présence de marques de confiance telles qu'une référence aux principes proposés ci-dessous ou la publication en ligne d'enquêtes menées auprès des utilisateurs.

Il existe un certain degré de chevauchement entre les principes proposés et le projet de règlement de procédure. Ils se renforcent l'un l'autre mais ont des objectifs différents: le Règlement de procédure vise à établir une procédure applicable à la résolution des litiges en ligne tandis que les principes ont pour but de promouvoir un modèle de pratiques optimales à l'intention des administrateurs de procédures en ligne et des tiers neutres. Certaines des pratiques proposées dans les principes ci-dessous seront adoptées ou reflétées dans les accords entre l'administrateur de procédures de résolution des litiges en ligne et les parties au différend ou les tiers.

Une proposition concernant des principes applicables aux administrateurs de procédures de résolution des litiges en ligne et aux tiers neutres a été diffusée de manière informelle par la délégation canadienne lors de la vingt-quatrième session du Groupe de travail III en novembre 2011. Les principes énoncés dans le présent document se fondent sur cette proposition informelle.

Le Canada soumet le présent document pour fonder les débats du Groupe de travail sur les questions liées aux pratiques optimales pour les administrateurs de procédures de résolution des litiges en ligne et les tiers neutres. Il est conscient que le document évoluera au fil des travaux du Groupe de travail et que les principes qu'il contient devront être adaptés pour tenir compte des orientations prises par le Groupe. Par exemple, celui-ci voudra peut-être étoffer ou réduire l'un ou l'autre des principes ou fournir de plus amples détails sur sa portée; développer ou combiner les principes sur la compétence, la neutralité et l'impartialité des tiers neutres; ou donner plus d'indications en ce qui concerne les renseignements à fournir, s'agissant notamment de la durée prévue pour rendre une décision après le dépôt d'une requête, le fait qu'une décision soit ou non définitive et contraignante, et l'accessibilité par des tiers aux communications effectuées dans le cadre de la procédure de résolution des litiges en ligne. De plus, les principes devront être étudiés à la lumière du droit applicable aux divers aspects de la transaction, au processus décisionnel et à l'exécution de la décision.

## II. Projet de principes applicables aux administrateurs de procédures de résolution des litiges en ligne et aux tiers neutres

***Principe 1 – Tenue d'une liste de tiers neutres compétents***

1) L'administrateur de procédures de résolution des litiges en ligne sélectionne pour la liste de tiers neutres des personnes qui se caractérisent par leurs compétences, leur indépendance et leur impartialité.

2) L'administrateur de procédures de résolution des litiges en ligne publie et tient à jour une liste de tiers neutres, qui inclut notamment des informations sur leur expérience et leur expertise.

3) L'administrateur de procédures de résolution des litiges en ligne veille à ce que les compétences des tiers neutres soient à jour, notamment au moyen d'activités de formation appropriées, y compris sur des questions liées aux affaires soumises aux procédures de résolution des litiges en ligne et sur la technologie utilisée dans le système de résolution des litiges en ligne.

4) L'administrateur de procédures de résolution des litiges en ligne instaure des processus pour traiter les plaintes relatives à la liste des tiers neutres, notamment en ce qui concerne la récusation de tiers neutres en raison d'un manque avéré des compétences voulues [*ou de l'expertise voulue*][1].

5) L'administrateur de procédures de résolution des litiges en ligne doit s'assurer, dans la mesure du possible, qu'une entité indépendante est à la disposition des utilisateurs pour entendre les plaintes concernant les règles, pratiques ou décisions administratives de l'administrateur[2].

---

[1] On pourrait considérer que le terme "expertise" est trop large et conduirait à récuser des tiers neutres dans de nombreuses situations. Il pourrait être envisagé de spécifier le type d'expertise requis des tiers neutres.

[2] Il est entendu qu'une telle entité de recours peut ne pas exister à l'heure actuelle. Avec le développement de la résolution des différends en ligne, de telles entités pourraient être créées

***Principe 2 – Indépendance***

1) [*Les parties s'accordent sur le choix des tiers neutres*.]

2) [*L'administrateur de procédures de résolution des litiges en ligne peut nommer le tiers neutre de manière aléatoire [lorsque les parties acceptent ce mode de nomination]*[3].]

3) L'administrateur de procédures de résolution des litiges en ligne et le tiers neutre maintiennent leur indépendance vis-à-vis des parties tout au long de la procédure de résolution des litiges en ligne. Ils instaurent des processus pour traiter les plaintes relatives à un tiers neutre, notamment pour sa récusation en raison d'un manque avéré d'indépendance.

4) L'administrateur de procédures de résolution des litiges en ligne ou le tiers neutre divulgue dans les plus brefs délais aux parties toute relation, contractuelle ou autre, qui peut être raisonnablement considérée comme une entrave à son indépendance [*par rapport aux parties*].

5) L'administrateur de procédures de résolution des litiges en ligne traitant avec un seul vendeur, un nombre limité de vendeurs ou un seul secteur d'activité n'est pas considéré indépendant.

[Autre libellé possible: *Il n'est pas exigé de l'administrateur de procédures de résolution des litiges en ligne qu'il maintienne son indépendance vis-à-vis des parties, mais il doit divulguer toutes les circonstances susceptibles d'affecter son indépendance*[4].]

6) Les sources de financement et les modalités de paiement relatives aux procédures de résolution des litiges en ligne sont portées à la connaissance des parties.

***Principe 3 – Impartialité***

1) [*Le tiers neutre est impartial tout au long de la procédure de résolution des litiges en ligne*.]

2) [*L'administrateur de procédures de résolution des litiges en ligne établit des processus pour traiter les plaintes relatives à un tiers neutre, notamment pour sa récusation en raison d'un manque avéré d'impartialité*[5].]

---

ou les institutions existantes pourraient décider d'offrir ces services.

[3] Il pourrait sembler que les paragraphes 1 et 2 relèvent plutôt du Règlement de procédure régissant la procédure de résolution des différends en ligne que des présents principes. Ils sont toutefois proposés, car la sélection aléatoire du tiers neutre peut sembler inhabituelle dans certains pays.

[4] Cette autre formulation pourrait être plus appropriée dans certaines situations, par exemple dans les cas où les services des administrateurs de procédures de résolution des différends en ligne sont mis en place et financés par des associations de vendeurs.

[5] Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il est opportun d'inclure l'exigence selon laquelle l'administrateur de procédures de résolution des différends en ligne doit mettre en place des procédures similaires à celles énoncées aux principes 1-4 et 2-3 ayant trait aux plaintes concernant le manque d'impartialité d'un tiers neutre.

***Principe 4 – Publication des modalités de services et confidentialité***

1) L'administrateur de procédures de résolution des litiges en ligne publie sur son site Web [*des informations claires, compréhensibles et exactes, et notamment*] ses honoraires, les procédures de résolution des litiges en ligne, les recours éventuels pour contester une décision, les procédures d'exécution, les procédures de traitement des plaintes portées contre lui ou contre le tiers neutre et les pratiques relatives au traitement des renseignements. Ces renseignements sont expressément portés à la connaissance des utilisateurs avant que ces derniers n'acceptent la procédure de résolution des litiges en ligne.

2) L'administrateur de procédures de résolution des litiges en ligne prend des mesures pour faire en sorte que les renseignements confidentiels soient protégés et conservés de façon à en limiter l'accès[6].

3) Sauf si la loi l'exige, l'administrateur de procédures de résolution des litiges en ligne ne dévoile à des tiers ni les offres de règlement ni les règlements qui interviennent au cours d'une procédure de résolution des litiges en ligne[7].

***Principe 5 – Établissement de l'identité des parties***

1) L'administrateur de procédures de résolution des litiges en ligne prend des mesures appropriées pour faciliter l'identification des parties et peut demander à ces parties une confirmation ou une preuve permettant d'établir leur identité[8].

2) La confidentialité de l'information ne peut pas être invoquée pour refuser l'accès d'une partie à des renseignements pertinents pour établir ou confirmer l'identité d'une autre partie à la procédure de résolution des litiges en ligne[9].

***Principe 6 – Accessibilité, fiabilité et sécurité du système***

1) L'administrateur de procédures de résolution des litiges en ligne met en place, au sein du processus de résolution des litiges en ligne, des mesures pour en assurer

---

6 La procédure de résolution des différends en ligne diffère quelque peu d'une procédure judiciaire habituelle. Il n'est pas prévu que tous les documents soient accessibles au grand public. Des règles spécifiques peuvent être requises en ce qui concerne "les renseignements personnels", en particulier en vertu du cinquième principe. Les devoirs et responsabilités concernant les renseignements personnels dans le droit national peuvent imposer des normes plus élevées dont les principes pourraient se faire le reflet.

7 Cette règle existe fréquemment dans les systèmes de droit civil et de *common law* en ce qui concerne les offres faites dans le cadre de procédures de médiation. Elle vise à favoriser la résolution à l'amiable des différends et à encourager les parties à faire des propositions raisonnables.

8 Dans les systèmes judiciaires traditionnels, toute partie est en droit de connaître l'identité de la partie adverse. La règle confirme qu'une partie est aussi en droit de demander la confirmation de l'identité de la partie adverse dans un environnement en ligne.

9 On pourrait avancer qu'il existe un conflit ou un chevauchement entre les règles sur la confidentialité et celles sur l'établissement de l'identité. Ce principe élucide le fait que la confidentialité de l'information ne s'applique pas aux documents ou renseignements concernant l'identité d'une partie dès lors qu'ils font l'objet d'une demande de la partie adverse. Ce principe limite aussi la responsabilité de l'administrateur de procédures de résolution des différends en ligne en ce qui concerne la communication de renseignements confidentiels.

la fiabilité et la sécurité, telles que l'emploi de noms d'utilisateurs et de mots de passe[10].

2) L'administrateur de procédures de résolution des litiges en ligne utilise des technologies accessibles et compréhensibles pour l'utilisateur moyen.

3) L'administrateur de procédures de résolution des litiges en ligne veille à ce que les informations soient présentées de manière évidente et intelligible.

4) [*L'administrateur de procédures de résolution des litiges en ligne est encouragé à obtenir une assurance et d'autres garanties suffisantes pour couvrir toute responsabilité potentielle en cas d'atteinte à la sécurité ou de communication de renseignements personnels par inadvertance*.]

***Principe 7 – Procès-verbaux et publication des décisions***

1) L'administrateur de procédures de résolution des litiges en ligne consigne les procédures et les accords issus de la conciliation de telle sorte que les parties puissent s'y référer pendant une période de [trois][11] ans.

2) [*L'administrateur de procédures de résolution des litiges en ligne [peut] publie[r] la décision, sauf si une partie est un consommateur, auquel cas celui-ci doit lui donner l'autorisation préalable de publier son nom*[12].]

3) L'administrateur de procédures de résolution des litiges en ligne publie les statistiques relatives au pourcentage de décisions favorables et défavorables au demandeur, au temps moyen qu'il faut pour résoudre les plaintes et au nombre d'affaires qui ne sont pas encore résolues[13].

---

[10] Les mesures qu'adopteront les administrateurs de procédures de résolution des différends en ligne en matière de fiabilité et de sécurité dépendront des circonstances et évolueront avec le temps compte tenu des progrès technologiques et de l'évolution des risques. Le niveau de sécurité requis pour un système de résolution des différends en ligne dépendra d'aspects tels que la sensibilité des informations, le droit applicable et les attentes des parties. Compte tenu de ce qui précède, on a considéré qu'il ne serait pas pratique d'essayer de définir de manière spécifique quelles mesures pourraient être requises. L'emploi de noms d'utilisateur et de mots de passe est donné à titre indicatif et pourrait être considéré comme une exigence minimale au-dessous de laquelle la responsabilité de l'administrateur pourrait être engagée.

[11] Une période de trois ans est suggérée puisqu'il s'agit de la période de prescription dans de nombreux pays pour les réclamations visant des biens de consommation. En pratique, les administrateurs de procédures de résolution des différends en ligne pourront aisément aller au-delà de ce minimum étant donné les possibilités de stockage de données à faibles coûts.

[12] La publication soulevant des questions associées à la confidentialité et à la vie privée, ce paragraphe a été placé entre crochets. Il faut par ailleurs que soit examinée la possibilité de rassembler les décisions relatives à la résolution des différends en ligne aux fins de l'interprétation juridique dans le cadre d'affaires futures.

[13] La publication de données concernant les décisions dans des litiges résolus en ligne et l'exécution de ces décisions est jugée importante pour garantir l'efficacité du système, dans la mesure où elle contribue au respect des décisions. Le paragraphe 2 prévoit une pratique optimale associée à la publication des informations en général. Une règle spéciale est proposée en ce qui concerne les consommateurs, qui reconnaît que ceux-ci peuvent refuser que leur nom soit publié. Le paragraphe 2 a également pour effet de limiter la responsabilité des administrateurs de procédures de résolution des différends en ligne. Le paragraphe 3 prévoit les exigences minimales en matière de publication par l'administrateur en vertu des principes.

4) [Autre libellé possible*: L'administrateur de procédures de résolution des litiges en ligne publie [au moins une fois par an] des statistiques sur le nombre de plaintes déposées et le pourcentage de ces plaintes qui ont été acceptées, examinées, résolues ou qui ont fait l'objet d'une décision favorable ou défavorable au demandeur, ainsi que des détails concernant les décisions rendues entièrement en faveur du demandeur, le temps moyen requis pour résoudre les plaintes, le nombre d'affaires qui n'ont pas encore été résolues et le nombre de décisions pour lesquelles une partie a refusé de se conformer à la sentence rendue*.]

***Principe 8 – Sensibilité aux aspects linguistiques et culturels***

1) L'administrateur de procédures en ligne œuvrant auprès de personnes de cultures ou de langues différentes doit veiller à ce que son système, ses règles et les tiers neutres tiennent compte de ces différences et il doit instaurer des mécanismes pour répondre aux besoins des clients à cet égard.

2) L'administrateur de procédures de résolution des litiges en ligne ne peut activement solliciter des clients s'il n'est pas en mesure de satisfaire aux besoins linguistiques ou culturels.

3) L'administrateur de procédures de résolution des litiges en ligne fait connaître les langues dans lesquelles ses services sont offerts.

***Principe 9 – Honoraires et coûts***

1) Les honoraires du service de résolution des litiges en ligne doivent être raisonnables compte tenu de la valeur du différend, des parties concernées et de leur position de négociation au moment de la conclusion du contrat faisant l'objet du différend.

2) Tous les honoraires associés à la procédure de résolution des litiges en ligne doivent être communiqués aux parties avant le début de la procédure.

3) Le tiers neutre n'accorde pas de dépens à l'une ou l'autre des parties.

**[*Principe 10 – Décisions***

1) *Les décisions font état des motifs sur lesquels elles se fondent*.]

***Principe 11 – Exécution***

1) L'administrateur de procédures de résolution des litiges en ligne prend des mesures pour favoriser le respect des décisions issues des procédures, par exemple: exiger le dépôt d'une garantie; demander aux parties de s'engager à se conformer à la décision au début de la procédure; ou faciliter le paiement des montants adjugés.

***Principe 12 – Recours***

L'offre de service de l'administrateur de procédures de résolution des litiges en ligne ne contient pas de clauses contractuelles de renonciation aux droits du

consommateur ni aux recours juridiques conférés en vertu du droit national des parties[14].

---

[14] Cette disposition garantit que les droits des parties ne seront pas lésés par le fait d'accepter de se soumettre à une procédure de résolution des différends en ligne. Cette pratique optimale pour les administrateurs de procédures de résolution des différends en ligne garantit que les clauses de résolution des différends en ligne auxquelles les parties consentent ne constituent pas une renonciation aux droits existants par ailleurs en vertu du droit applicable. Cette disposition protège aussi les administrateurs de procédures de résolution des différends en ligne en précisant l'étendue des services offerts (c'est-à-dire qu'ils ne garantissent pas que des recours en vertu du droit national ne seront pas entrepris malgré l'accord relatif à la procédure de résolution des différends en ligne).

## H. Note du Secrétariat sur l'analyse et la proposition concernant l'incorporation de principes de fond pour les demandes et les mesures relevant de la résolution des litiges en ligne dans l'article 4 du projet de règlement de procédure – note présentée par le Center for International Legal Education, soumise au Groupe de travail III (Règlement des litiges en ligne) à sa vingt-cinquième session (A/CN.9/WG.III/WP.115)

**[Original: anglais]**

En vue de la vingt-cinquième session du Groupe de travail III (Règlement des litiges en ligne), le Center for International Legal Education a soumis au Secrétariat, le 12 mars 2012, la note jointe en annexe relative à une analyse et une proposition concernant l'incorporation de principes de fond pour les demandes et les mesures relevant de la résolution des litiges en ligne dans l'article 4 du projet de règlement de procédure.

Le texte figurant en annexe est la traduction d'un document reproduit tel qu'il a été reçu par le Secrétariat.

# I. Objet de la présente note

Le Groupe de travail III de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a entrepris d'élaborer un cadre mondial pour la résolution des litiges en ligne. Ce travail a débuté en décembre 2010, avec des sessions supplémentaires en mai et novembre 2011. La prochaine session est programmée du 21 au 25 mai 2012.

Si le règlement de procédure a formé le pivot des travaux effectués jusqu'à présent, la panoplie complète d'instruments doit se fonder sur une compréhension commune du potentiel, et des limites, d'un système de résolution des litiges en ligne conçu de sorte à être **simple, efficace, rationnel, transparent et équitable**.

Le Center for International Legal Education de la faculté de droit de l'Université de Pittsburgh a procédé, en particulier, à l'examen du troisième document mentionné par le Groupe de travail qui portait sur les principes juridiques de fond pour la résolution des litiges. De son analyse, il a conclu que les objectifs de simplicité, d'efficacité, de rationalité, de transparence et d'équité pourraient être atteints si, au lieu d'élaborer un document distinct sur les principes juridiques de fond, on faisait une plus large place aux formulaires figurant actuellement en tant qu'annexes à l'article 4 du projet de règlement de procédure.

Plutôt qu'un document distinct sur les principes juridiques de fond, la présente note suggère donc, pour parvenir aux mêmes objectifs, d'adopter des méthodes claires et transparentes pour présenter des demandes spécifiques fondées sur des faits et pour requérir des mesures spécifiques, par l'intermédiaire des formulaires figurant actuellement en tant qu'annexes à l'article 4 du projet de règlement de procédure. Ainsi, les règles de fond pour traiter ces demandes spécifiques fondées sur des faits seraient implicites dans la structure même des demandes qui pourraient être

présentées et des mesures qui pourraient être accordées dans le cadre du système de résolution des litiges en ligne. Cette structure réduirait (voire éliminerait) la nécessité d'établir le droit positif national applicable et de s'y référer ou encore la nécessité de concevoir des règles de fond non nationales plus complètes pour la résolution des litiges. Voir l'article 35 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI et le paragraphe 1 de l'article 28 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international.

Dans la mesure où il est utile de comprendre en premier lieu le contexte ayant mené à la décision d'élaborer des principes juridiques de fond non nationaux de même que les principes fondamentaux sur lesquels s'appuie la proposition contenue dans la présente note, le texte ci-après est structuré comme suit: présentation de l'historique (partie II); examen des principes fondamentaux (partie III); puis projets de formulaires répondant aux exigences de l'article 4 du projet de règlement de procédure (partie IV). Ces projets de formulaires contiennent des options que nous espérons claires, transparentes et faciles à appliquer pour déposer des demandes et requérir des mesures spécifiques.

Cette proposition découle en partie d'une analyse faite précédemment par le Center for International Legal Education des types de demandes et de mesures possibles qui sont utilisés le plus fréquemment dans les systèmes de résolution des litiges en ligne existants, et en particulier de ceux qui sont prévus dans le cadre des arrangements de rétrofacturation par carte de crédit. Le rapport de cette précédente analyse est disponible sur demande à M. Ronald A. Brand (rbrand@pitt.edu).

# II. Historique

Dans les conclusions de la note du Secrétariat en date du 23 avril 2010, intitulée "Travaux futurs possibles concernant le règlement en ligne des différends dans les opérations de commerce électronique internationales" (A/CN.9/706), il est dit au paragraphe 50 à propos du colloque tenu à Vienne les 29 et 30 mars 2010 sur le thème "A Fresh Look at Online Dispute Resolution and Global E-Commerce: Toward a Practical and Fair Redress System for the 21st Century Trader (Consumer and Merchant)" (Regard nouveau sur le règlement des litiges en ligne et le commerce électronique mondial: vers un système de réparation pratique et juste pour les acteurs du commerce du XXI$^{e}$ siècle (consommateurs et commerçants)):

> 50. **L'avis généralement partagé pendant le colloque a été que les mécanismes de recours classiques 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.

Sont notés au paragraphe 16 du même document (A/CN.9/706) les avantages pour le consommateur d'être clairement et dûment avisé pour effectuer son choix et la commodité d'utiliser un ensemble de règles ne nécessitant pas de référence à un quelconque système juridique national:

> 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.**

Il est mentionné ce qui suit au paragraphe 76 de la note du Secrétariat en date du 13 octobre 2010, intitulée "Règlement des litiges en ligne dans les opérations internationales de commerce électronique" (A/CN.9/WG.III/WP.105):

> 76. Les arbitrages sont régis par le droit matériel et procédural qui peut être approuvé par les parties ou désigné d'une autre manière. **Un instrument efficace sur le règlement international des litiges en ligne pourrait régler la question de la certitude quant au droit applicable.**

Il est mentionné ce qui suit aux paragraphes 101 et 103 du rapport du Groupe de travail III (Règlement des litiges en ligne) en date du 17 janvier 2011 sur les travaux de sa vingt-deuxième session (Vienne, 13-17 décembre 2010) (A/CN.9/716):

> 101. De nombreuses délégations se sont dites favorables à ce que les décisions se fondent sur des principes équitables, des codes de conduite, des règles génériques uniformes ou des ensembles de dispositions de fond – en gardant à l'esprit la nécessité d'un degré élevé de protection des consommateurs – ce qui permettrait d'éviter les problèmes complexes qui pourraient résulter de l'interprétation des règles concernant la loi applicable. À cet égard, il a été fait référence à l'accord entre GDBe et Consumers International. **Il a été dit qu'en tout état de cause, la plupart des affaires traitées dans le cadre du règlement des litiges en ligne pouvaient être tranchées sur la base des termes du contrat, sans qu'il n'y ait guère lieu de recourir à des principes juridiques complexes, et que toute règle énoncée pour le règlement des litiges en ligne devrait être simple, efficace et souple.** Quelques délégations ont considéré qu'il fallait un ensemble de principes juridiques généraux

applicables à un système factuel limité, ce qui permettrait d'éviter de devoir traiter de questions de droit applicable et de compétence.

103. Il a été suggéré que le Secrétariat puisse présenter au Groupe de travail, à une session future, des options sur la question de la loi applicable – en tenant compte des suggestions qui avaient été faites au cours des débats – et que soient examinées aussi les mesures intérimaires qui pourraient s'appliquer avant l'achèvement de travaux sur les dispositions de fond.

Il est mentionné ce qui suit à l'alinéa a) du paragraphe 115 du même document:

115. **Le Groupe de travail a demandé que le Secrétariat,** sous réserve que des ressources soient disponibles, **prépare pour une réunion future les documents suivants**:

a) **Un projet de règlement de procédure pour le règlement des litiges en ligne**, tenant notamment compte des éléments suivants: les types de réclamations que traiterait le règlement des litiges en ligne (opérations internationales entre entreprises et entre entreprises et consommateurs portant sur de faibles montants et de gros volumes); l'ouverture de la procédure en ligne; la notification aux parties de tout accord concernant le règlement des litiges qui pourrait être conclu au moment du contrat; les phases du processus de règlement des litiges en ligne – négociation, conciliation et arbitrage; **la description des principes juridiques de fond, dont ceux d'équité, qui sous-tendent la décision et la sentence**; les questions de procédure telles que la représentation et la langue de la procédure; l'application de la Convention de New York, comme évoqué ci-dessus; la référence aux règlements d'autres systèmes de règlement des litiges en ligne; la présentation des options, le cas échéant;

Il est mentionné ce qui suit au paragraphe 52 du rapport du Groupe de travail III (Règlement des litiges en ligne) en date du 3 juin 2011 sur les travaux de sa vingt-troisième session (New York, 23-27 mai 2011) (A/CN.9/721):

52. **Un large soutien a été exprimé en faveur de la proposition visant à remplacer le libellé actuel du paragraphe 4 [de l'article 1 du projet de règlement de procédure] par le suivant:**

**"L'utilisation du présent Règlement s'inscrit dans un cadre de résolution des litiges en ligne constitué par les documents suivants, qui figurent ci-après en annexe et qui font partie intégrante du Règlement:**

**a) Principes juridiques de fond pour la prise de décisions;**

b) Guide à l'intention des prestataires de services en ligne et des arbitres;

c) Exigences minimales applicables aux prestataires de services en ligne et aux arbitres, concernant notamment les normes et formats communs de communication ainsi que l'accréditation et le contrôle de la qualité; et

d) Mécanisme international d'exécution."

**Il est indiqué au paragraphe 8 de la note du Secrétariat en date du 28 février 2012, intitulée "Règlement des litiges en ligne dans les opérations internationales de commerce électronique: projet de règlement de procédure" (A/CN.9/WG.III/WP.112), que le projet de préambule du règlement de procédure est maintenant libellé comme suit:**

> 1. Le Règlement de la CNUDCI pour la résolution des litiges en ligne ("le Règlement") est destiné à être utilisé dans le contexte des opérations internationales portant sur de faibles montants et de gros volumes effectuées avec des moyens de communication électroniques.
>
> 2. **L'utilisation du Règlement s'inscrit dans un cadre de résolution des litiges en ligne constitué par les documents suivants [qui figurent ci-après en annexe et] qui font partie intégrante du Règlement:**
>
> [a) Orientations et exigences minimales à l'intention des prestataires de services de résolution des litiges en ligne;]
>
> [b) Orientations et exigences minimales pour les tiers neutres;]
>
> [c) **Principes juridiques de fond pour la résolution des litiges;**]
>
> [d) Mécanisme international d'application;]
>
> […];

Il est noté au paragraphe 21 du rapport du Groupe de travail III (Règlement des litiges en ligne) en date du 21 novembre 2011 sur les travaux de sa vingt-quatrième session (Vienne, 14-18 novembre 2011) (A/CN.9/739) que lors de l'examen des documents à créer:

> 21. **Le Groupe de travail s'est demandé si les documents complémentaires devraient être joints en annexe au Règlement ou se présenter comme des documents distincts** (A/CN.9/721, par. 53). À l'issue d'un échange de vues, il a été convenu de supprimer les crochets encadrant le membre de phrase "qui figurent ci-après en annexe et qui font partie intégrante du Règlement" et de passer aux délibérations sur la teneur des documents énumérés dans le paragraphe 2. Il a été dit que la liste des documents n'était pas exhaustive et que des documents supplémentaires pourraient y être ajoutés.

Ainsi, est-il maintenant prévu de créer quatre documents distincts qui accompagneront le règlement de procédure.

# III. Principes fondamentaux sous-tendant un système mondial de résolution des litiges en ligne

On trouvera ci-dessous une liste des principes fondamentaux qui sous-tendent l'élaboration de la proposition énoncée dans la quatrième partie de la présente note:

1) **Le système de résolution des litiges en ligne doit tenir compte du fait qu'il n'existe actuellement aucun autre mode de résolution efficace et rationnel des différends en ce qui concerne les opérations électroniques internationales portant sur de gros volumes et de faibles montants.**

2) **Le système de résolution des litiges en ligne ne fonctionnera que s'il est simple, efficace, rationnel, transparent et équitable.** Seul un système doté de ces caractéristiques inspirera suffisamment confiance à la fois aux commerçants et aux acheteurs (y compris aux consommateurs) lorsqu'ils effectueront des opérations électroniques internationales portant sur de gros volumes et de faibles montants, opérations qui d'habitude engendrent des risques qui en éloignent à la fois les acheteurs et les vendeurs. Il convient de reconnaître, lors de la mise au point du système, qu'aussi bien les vendeurs que les acheteurs doivent être sûrs que leurs intérêts seront protégés pour parvenir à un niveau de confiance suffisant à l'égard du système. Si soit les vendeurs soit les acheteurs renoncent à y adhérer ou ne sont pas suffisamment protégés, le système ne pourra pas fonctionner.

3) **Pour assurer la simplicité et l'efficacité, les exclusions du champ d'application doivent être aussi peu nombreuses que possible.** En effet, il ne sera pas facile, dans un système dont les premières étapes s'appuient sur la communication et l'analyse électroniques, de mettre en place des éléments faisant appel à une appréciation humaine ou faisant intervenir des définitions complexes visant à faire la différence entre les types de parties à un litige. Comme on l'a maintes fois reconnu lors des travaux de la Commission et du Groupe de travail III, il est 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. Voir le paragraphe 256 du rapport de la Commission de juillet 2010 (A/65/17) et le paragraphe 37 du rapport du Groupe de travail III (Règlement des litiges en ligne) sur les travaux de sa vingt-troisième session (New York, 23-27 mai 2011) (A/CN.9/721).

4) **Pour assurer la simplicité, l'efficacité et la rationalité, le système de résolution des litiges en ligne doit être autonome et fonctionner sans qu'il soit besoin de se référer à des règles nationales de droit international privé.** Un système uniforme s'appuyant sur les différences qui existent entre les règles nationales du droit international privé aura des résultats disparates en fonction de facteurs comme le lieu de situation des parties et la nécessité de "situer" l'opération dans l'espace. Ceci créerait des difficultés qui devraient être absentes du système. En outre, d'un point de vue international, la manière d'établir le droit national applicable n'est pas claire (compte tenu entre autres du pays du contrat, du pays d'origine, du pays de destination ou des rapports les plus pertinents). Plus simplement, les impératifs **d'efficacité et de rationalité** exigent que le système évite de tomber dans le piège qui laisserait penser que les règles du droit international privé peuvent être utilisées pour protéger la partie la plus vulnérable dans le cadre d'opérations électroniques internationales portant sur de faibles montants et de gros volumes.

5) **Pour assurer l'efficacité, la rationalité et la transparence, le système de résolution des litiges en ligne doit encourager l'adoption d'une décision contraignante.** Il n'est guère utile de proposer des mécanismes de résolution des différends qui permettent aux parties d'intenter de nouvelles actions pour des affaires déjà réglées. Toutefois, il ne faut pas confondre cet aspect de la question avec une question tout à fait différente, à savoir la possibilité toujours ouverte de former un recours devant des juridictions nationales ou d'utiliser d'autres mécanismes de résolution des litiges pour régler des affaires ne relevant pas du système de résolution des litiges en ligne (voir le principe 9 ci-dessous).

6) **Pour assurer l'efficacité, la rationalité et la transparence, le système de résolution des litiges en ligne doit permettre au prestataire de services de résolution des litiges en ligne d'intégrer des méthodes automatiques d'exécution des décisions** (par exemple des méthodes de rétrofacturation ou de renversement de paiement automatique).

7) **Pour assurer la transparence et l'équité**, toute partie à une opération électronique internationale portant sur un gros volume et un faible montant **doit être clairement avisée de l'option de résolution des litiges et doit avoir la possibilité explicite de ne pas s'engager dans une opération** si elle ne souhaite pas adhérer au processus de résolution des litiges qui est proposé.

8) **Pour assurer l'équité**, le système de résolution des litiges en ligne **doit être conçu de telle sorte que les États conviennent qu'il est en soi simple, efficace, rationnel et transparent**. Les règles du droit international privé qui ont pour but de protéger les parties les "plus faibles" contre des procédures inéquitables sont inutiles lorsque les États conviennent dès le début que le système de résolution des litiges assure une protection adéquate à ces parties. Ainsi, l'équité du système proprement dit est l'aune à laquelle se jugent, au final, la simplicité, l'efficacité, la rationalité et la transparence nécessaires pour remplacer les règles protectrices du droit international privé. Si les États trouvent que le système répond à ces critères, alors celui-ci éliminera le besoin auquel répondent les règles "protectrices" du droit international privé et produira lui-même le type de protection du consommateur (et d'autres personnes) que cherchent souvent à établir les règles de droit national pertinentes. Il s'agit d'un de ces cas dans lesquels il est nettement préférable de s'appuyer sur un système de règles uniforme, appliqué à une large échelle, que sur des règles nationales de droit international privé ou sur des règles nationales relatives à la protection du consommateur. **La simplicité, l'efficacité, la rationalité et la transparence ne peuvent être obtenues qu'à travers un système unique et autonome, dont la loi nationale ne permet de s'écarter que de manière minimale.**

9) **Pour assurer la simplicité et l'efficacité**, il faut, dès le début, que les principes juridiques de fond destinés à être appliqués dans le processus de résolution des litiges en ligne renvoient à **un ensemble précis et limité de demandes fondées sur des faits** susceptibles d'être déposées et à **un ensemble précis et limité de réparations** possibles. Au vu des systèmes de résolution des litiges en ligne actuellement applicable, il s'avère que la grande majorité des litiges relatifs à des opérations électroniques portant sur de gros volumes et de faibles montants concerne un petit ensemble spécifique de demandes et de réparations. Les questions et les litiges plus complexes (tels que les lésions corporelles, les dommages indirects et le recouvrement de créances) devraient être exclus du système de résolution des litiges en ligne. Voir les paragraphes 18, 19 et 76 du rapport du Groupe de travail III (Règlement des litiges en ligne) sur les travaux de sa vingt-quatrième session (Vienne, 14-18 novembre 2011) (A/CN.9/739).

# IV. Proposition concernant l'insertion de principes de fond dans les formulaires qui seront annexés à l'article 4 du projet de règlement de procédure

## A. Texte actuel de l'article 4 du projet de règlement de procédure

L'article 4 du projet de règlement de procédure est libellé comme suit (avec les changements y apportés suite à la session de novembre 2011 du Groupe de travail):

*Projet d'article 4 (ouverture de la procédure)*

*"1. Le demandeur communique au prestataire de services de résolution des litiges en ligne une notification conformément au formulaire de l'annexe A. La notification devrait, dans la mesure du possible, être accompagnée de toutes pièces et autres preuves invoquées par le demandeur ou s'y référer.*

*2. La notification est ensuite communiquée [rapidement] [sans délai] au défendeur par le prestataire de services de résolution des litiges en ligne.*

*3. Le défendeur communique au prestataire de services de résolution des litiges en ligne une réponse à la notification conformément au formulaire de l'annexe B dans les [sept (7)] jours calendaires suivant la réception de la notification. La réponse devrait, dans la mesure du possible, être accompagnée de toutes pièces et autres preuves invoquées par le défendeur ou s'y référer.*

*4. La procédure de résolution des litiges en ligne est réputée commencer à la date de réception, par le prestataire de services de résolution des litiges en ligne sur la plate-forme de résolution des litiges en ligne, de la notification visée au paragraphe 1.*

*[5. En réponse à la notification communiquée par le demandeur, le défendeur peut introduire une demande découlant de la même opération [ou des mêmes circonstances factuelles] indiquée[s] par le demandeur dans la notification[, auprès du même prestataire de services de résolution des litiges en ligne] ('demande reconventionnelle').] La demande reconventionnelle est introduite dans les [sept (7)] jours calendaires [suivant la [communication au] [réception par le] défendeur de la première notification]. [La demande reconventionnelle est examinée dans la procédure de résolution des litiges en ligne en même temps que la [première demande] [notification du demandeur].]"*

*Annexe A*

*"La notification contient:*

*a) Le nom et l'adresse électronique désignée du demandeur et de son représentant (le cas échéant) autorisé à agir pour son compte dans la procédure de résolution du litige en ligne;*

*b) Le nom et les adresses électroniques du défendeur et de son représentant (le cas échéant) tels que connus du demandeur;*

*c) Les motifs sur lesquels est fondée la demande;*

*d) Les solutions proposées pour régler le litige;*

*e) La déclaration du demandeur portant accord à sa participation à la procédure de résolution du litige en ligne [ou, le cas échéant, la déclaration portant accord par les parties de recourir à la procédure de résolution du litige en ligne en cas de survenance d'un litige entre eux];*

*f) La déclaration du demandeur indiquant qu'il n'a pas déjà engagé d'autres voies de droit contre le défendeur au sujet du litige spécifique relatif à l'opération en question;*

*g) Le lieu de situation du demandeur;*

*[h) La mention de la langue dans laquelle la procédure devrait de préférence se tenir;]*

*i) La signature du demandeur et/ou de son représentant sous forme électronique, y compris toutes autres méthodes d'identification et d'authentification;*

*[…]"*

*Annexe B*

*"La réponse contient:*

*a) Le nom et l'adresse électronique désignée du défendeur et de son représentant (le cas échéant) autorisé à agir pour son compte dans la procédure de résolution du litige en ligne;*

*b) Une réponse aux déclarations et allégations figurant dans la notification;*

*c) Les solutions proposées pour régler le litige;*

*[d) La déclaration du défendeur portant accord à sa participation à la procédure de résolution du litige en ligne];*

*e) La déclaration du défendeur indiquant qu'il n'a pas déjà engagé d'autres voies de droit contre le demandeur au sujet du litige spécifique relatif à l'opération en question;*

*f) Le lieu de situation du défendeur;*

*[g) La mention de la langue dans laquelle la procédure devrait de préférence se tenir;]*

*h) La signature du défendeur et/ou de son représentant sous forme électronique, y compris toutes autres méthodes d'identification et d'authentification;*

*[…]"*

## B. Proposition

Il est proposé d'utiliser les formulaires de présentation des demandes au système de résolution des litiges en ligne aussi bien pour préciser que pour limiter

les types de demandes susceptibles d'être introduites et les types de réparations susceptibles d'être obtenus par l'intermédiaire du système. Ainsi, toute partie à une opération en ligne peut présenter une demande en utilisant le formulaire voulu. Dans la mesure où ce formulaire contiendra des listes précises, d'une part, des demandes pouvant être présentées et, d'autre part, des réparations pouvant être sollicitées, il permettra:

1) De définir concrètement les règles de fond à appliquer, en énumérant les demandes et les réparations possibles;

2) De ne pas avoir à se référer à des règles de fond supplémentaires en dehors de celles figurant implicitement dans les formulaires;

3) D'éviter de devoir se référer à un droit applicable en dehors du système, puisqu'il ne sera pas nécessaire d'examiner les demandes ou les réparations n'apparaissant pas dans les formulaires; et

4) De préciser (en n'autorisant aucune autre demande ou réparation) que les types de réparation qui ne sont pas disponibles à travers les formulaires communiqués ne sont pas disponibles dans le cadre du système de résolution des litiges en ligne, et doivent donc être sollicités par d'autres méthodes de résolution des litiges.

On trouvera ci-dessous un projet partiel de formulaires qui pourraient être annexés à l'article 4 du projet de règlement de procédure. Ce projet ne se veut nullement exhaustif. Il comporte des projets de formulaires de demande à présenter par des acheteurs de marchandises et également de services. Il comporte également des projets de formulaires de demande à présenter par des vendeurs en réponse aux demandes susmentionnés**. Une analyse plus poussée montrera peut-être qu'il sera inutile de prévoir des projets complets de formulaires de réponse pour les acheteurs, dans la mesure où la demande et la réparation sélectionnées par le demandeur-vendeur restreindront nécessairement le champ des réponses disponibles. À ce stade, il pourrait être nécessaire d'accorder une certaine marge de manœuvre au prestataire de services de résolution des litiges en ligne pour ce qui est d'établir la manière dont la réponse doit être faite et le mode de fonctionnement de son système particulier.

Une autre possibilité consisterait à énumérer dans les annexes de l'article 4 les types de réclamations et de réparations prévus au sein du système – en laissant chaque prestataire de services de résolution des litiges en ligne élaborer ses propres formulaires conformément à cette liste (et dans les limites qu'elle impose). L'effet en serait similaire – à savoir l'application pratique des règles de fond associées à chaque type de réclamation et de réparation disponible – par incorporation dans l'article 4 du règlement de procédure.

L'avantage de ce type de démarche par rapport à un ensemble distinct de principes juridiques de fond est qu'il dote le système d'une autonomie complète, en éliminant le besoin de combler d'éventuelles lacunes dans une série de principes juridiques de fond qui pourraient exiger des références au droit national par le biais des règles de droit applicable. Ainsi pourrait se régler une partie des questions les plus épineuses concernant le système de résolution des litiges en ligne (par exemple l'existence ou non de règles ou de distinctions spéciales pour les opérations de

consommateurs et les contraintes imposées par la prise en compte des règles de droit applicable dans un système conçu pour être simple).

## Annexe A1

## Demande à présenter par l'acheteur en tant que demandeur

**a) Renseignements concernant le demandeur (acheteur)**

Identité de l'acheteur telle que communiquée lors de l'opération d'achat initiale:

_____

_____

Adresse électronique aux fins de la notification pour la procédure de résolution du litige en ligne:

_____

Nom du représentant du demandeur (le cas échéant) autorisé à agir pour son compte dans la procédure de résolution du litige en ligne (et adresse électronique du représentant si elle diffère de l'adresse susmentionnée):

_____

_____

**b) Nom et adresses électroniques du défendeur et de son représentant (le cas échéant) tels que connus du demandeur**

_____

_____

**c) Numéro de commande, date d'achat et autres renseignements disponibles pour identifier l'opération dont découle le litige**

_____

_____

**d) Origine de l'accord sous-tendant le recours à la présente procédure de résolution du litige en ligne**

_____

_____

**e) Réclamation et réparation demandée**

**1) Si l'opération concernait la vente de marchandises, veuillez remplir la section ci-dessous:**

**A) Réclamation par le demandeur-acheteur de marchandises:**

**Le demandeur (acheteur) doit cocher UNE SEULE des options numérotées figurant dans la liste ci-dessous:**

1) __ Je n'ai pas reçu les marchandises.

2) __ J'ai reçu les marchandises mais seulement après le _____ (date), date à laquelle elles auraient dû être livrées. Les marchandises sont arrivées le _____.

3) __ J'ai reçu les marchandises dans les délais voulus mais (veuillez cocher une seule des options désignées par des lettres dans la liste ci-dessous):

a) __ Ce que j'ai reçu ne correspondait aucunement à ce que j'avais commandé.

b) __ L'article était de la mauvaise

__ taille

__ couleur

__ (autre: veuillez préciser _____).

c) __ Il manque des parties ou des éléments à l'article.

d) __ À la première utilisation, l'article s'est avéré défectueux comme il est indiqué ci-après:

_____

_____

e) __ La version ou l'édition de l'article ne correspond pas à celle figurant dans la liste conformément à laquelle le contrat a été conclu.

f) __ L'article était décrit comme authentique mais ne l'est pas.

g) __ Il manque à l'article des parties ou des caractéristiques importantes, ce qui n'était pas mentionné dans la liste.

h) __ L'article a été endommagé pendant le transport.

i) __ L'acheteur a reçu un nombre/une quantité erroné(e) d'articles.

4) __ J'ai annulé l'achat mais le montant m'en a quand même été facturé.

5) __ J'ai réglé les marchandises mais le vendeur m'a fait payer plusieurs fois au lieu d'une seule.

6) __ Je n'ai pas du tout acheté les marchandises mais le montant m'en a quand même été facturé.

**B) Demande de mesures par le demandeur-acheteur de biens:**

**Le demandeur (acheteur) doit cocher UNE SEULE des options numérotées figurant dans la liste ci-dessous:**

1) __ Je veux le remboursement intégral du montant versé au défendeur (vendeur) et je lui renverrai toutes les marchandises que j'ai reçues.

2) __ Je veux recevoir les marchandises que j'avais initialement commandées au défendeur (vendeur).

3) __ Je veux que les marchandises que j'ai reçues soient réparées par le défendeur (vendeur) de façon à être conformes à la qualité correspondant à ma commande.

4) __ Je veux garder les marchandises et être en partie remboursé du prix d'achat par le défendeur (vendeur), à hauteur de _____ (soit le dépassement du montant que j'ai réglé par rapport à la valeur des marchandises que j'ai effectivement reçues).

**C) Signature du demandeur (ou signature de son représentant tel que mentionné ci-dessus) sous forme électronique [y compris toutes autres méthodes d'identification et d'authentification]:**

_____

Date:_____

**2) Si l'opération concernait la vente de services, veuillez remplir la section ci-dessous:**

**A) Réclamation par le demandeur-acheteur de services:**

**Le demandeur (acheteur) doit cocher UNE SEULE des options numérotées figurant dans la liste ci-dessous:**

1) __ Je n'ai pas reçu les services.

2) __ J'ai reçu les services mais seulement après le _____ (date), date à laquelle ils auraient dû être livrés. Les services ont été livrés le _____.

3) __ J'ai reçu les services dans les délais voulus mais (veuillez cocher une seule des options désignées par des lettres dans la liste ci-dessous):

a) __ Ce que j'ai reçu ne correspondait aucunement à ce que j'avais commandé.

b) __ Les services reçus comportaient les défauts suivants:

_____

_____

4) __ J'ai annulé l'achat avant l'exécution des services mais le montant m'en a quand même été facturé.

5) __ J'ai réglé les services mais le vendeur m'a fait payer plusieurs fois au lieu d'une seule.

6) __ Je n'ai pas du tout acheté les services mais le montant m'en a quand même été facturé.

**B) Demande de mesures par le demandeur-acheteur de services:**

**Le demandeur (acheteur) doit cocher UNE SEULE des options numérotées figurant dans la liste ci-dessous:**

1) __ Je veux le remboursement intégral du montant versé au défendeur (vendeur).

2) __ Je veux recevoir les services que j'avais initialement commandés au défendeur (vendeur).

3) __ Je veux que des services supplémentaires soient exécutés de façon à recevoir exactement les services correspondant au contrat initial.

4) __ Je veux conserver les services que j'ai reçus et être en partie remboursé du prix d'achat par le défendeur (vendeur), à hauteur de _____ (soit le dépassement du montant que j'ai réglé par rapport à la valeur des services que j'ai effectivement reçus).

**Signature du demandeur (ou signature de son représentant tel que mentionné ci-dessus) sous forme électronique [y compris toutes autres méthodes d'identification et d'authentification]:**

_____

Date:_____

## Annexe B1

## Réponse à présenter par le vendeur en tant que défendeur

**a) Renseignements concernant le défendeur (vendeur)**

Nom et adresse:

_____

_____

Adresse électronique aux fins de la notification pour la procédure de résolution du litige en ligne:

_____

Nom du représentant du défendeur autorisé à agir pour son compte dans la procédure de résolution du litige en ligne (et adresse électronique du représentant si elle diffère de l'adresse susmentionnée):

_____

_____

**b) Réponse à la réclamation et position à l'égard de la réparation demandée**

**A. Si l'opération concernait la vente de marchandises, veuillez remplir la section ci-dessous:**

**Réponse par le défendeur-vendeur de marchandises:**

**Le défendeur (vendeur) se verra accorder la possibilité de ne répondre qu'au manquement invoqué par le demandeur (acheteur). Ainsi, le défendeur ne recevra que l'une des options ci-dessous et ne devra sélectionner qu'une seule réponse parmi les possibilités proposées:**

**Si le demandeur (acheteur) a coché**

1) __ Je n'ai pas reçu les marchandises.

**Le défendeur (vendeur) doit alors cocher l'une des options suivantes:**

1) __ L'article commandé a été livré/envoyé à l'acheteur le _____ (date).

2) __ Veuillez patienter encore quelques jours, l'article commandé vous a été expédié le _____ (date).

3) __ L'article commandé n'a pas été livré et le prix d'achat sera intégralement remboursé.

**Si le demandeur (acheteur) a coché**

2) __ J'ai reçu les marchandises mais seulement après le _____ (date), date à laquelle elles auraient dû être livrées. Les marchandises sont arrivées le _____.

**Le défendeur (vendeur) doit alors cocher l'une des options suivantes:**

1) __ L'article commandé a été livré/envoyé à l'acheteur le _____ (date). C'était ___ / Ce n'était pas ___ (veuillez cocher l'option appropriée) dans les délais stipulés dans le contrat.

**Si le demandeur (acheteur) a coché**

3) __ J'ai reçu les marchandises dans les délais voulus mais (veuillez cocher une seule des options désignées par des lettres dans la liste ci-dessous):

a) __ Ce que j'ai reçu ne correspondait aucunement à ce que j'avais commandé.

b) __ L'article était de la mauvaise

__ taille

__ couleur

__ (autre: veuillez préciser _____).

c) __ Il manque des parties ou des éléments à l'article.

d) __ À la première utilisation, l'article s'est avéré défectueux comme il est indiqué ci-après:

_____

_____

e) __ La version ou l'édition de l'article ne correspond pas à celle figurant dans la liste conformément à laquelle le contrat a été conclu.

f) __ L'article était décrit comme authentique mais ne l'est pas.

g) __ Il manque à l'article des parties ou des caractéristiques importantes, ce qui n'était pas mentionné dans la liste.

h) __ L'article a été endommagé pendant le transport.

i) __ L'acheteur a reçu un nombre/une quantité erroné(e) d'articles.

**Le défendeur (vendeur) doit alors cocher l'une des options suivantes:**

**Si le demandeur (acheteur) a coché**

4) __ J'ai annulé l'achat mais le montant m'en a quand même été facturé.

**Le défendeur (vendeur) doit alors cocher l'une des options suivantes:**

**Si le demandeur (acheteur) a coché**

5) __ J'ai réglé les marchandises mais le vendeur m'a fait payer plusieurs fois au lieu d'une seule.

**Le défendeur (vendeur) doit alors cocher l'une des options suivantes:**

**Si le demandeur (acheteur) a coché**

6) __ Je n'ai pas du tout acheté les marchandises mais le montant m'en a quand même été facturé.

**Le défendeur (vendeur) doit alors cocher l'une des options suivantes:**

**Demande de mesure par le défendeur-vendeur de marchandises:**
**Le défendeur (vendeur) doit cocher UNE SEULE des options numérotées figurant dans la liste ci-dessous:**

**Si le demandeur (acheteur) a coché**

1) __ Je veux le remboursement intégral du montant versé au défendeur (vendeur) et je renverrai les marchandises qui m'ont été expédiées par le défendeur (vendeur).

**Le défendeur (vendeur) doit alors cocher l'une des options suivantes:**
**Si le demandeur (acheteur) a coché**

2) __ Je veux recevoir les marchandises que j'avais initialement commandées au défendeur (vendeur).

**Le défendeur (vendeur) doit alors cocher l'une des options suivantes:**
**Si le demandeur (acheteur) a coché**

3) __ Je veux que les marchandises que j'ai reçues soient réparées par le défendeur (vendeur) de façon à être conformes à la qualité correspondant à ma commande.

**Le défendeur (vendeur) doit alors cocher l'une des options suivantes:**
**Si le demandeur (acheteur) a coché**

4) __ Je veux garder les marchandises et être en partie remboursé du prix d'achat par le défendeur (vendeur), à hauteur de _____ (soit le dépassement du montant que j'ai réglé par rapport à la valeur des marchandises que j'ai effectivement reçues).

**Le défendeur (vendeur) doit alors cocher l'une des options suivantes:**

d) Le défendeur-vendeur accepte de participer à une procédure de résolution du litige en ligne;

f) Le défendeur-vendeur n'a pas engagé d'autres voies de droit contre le demandeur au sujet de l'opération en question.

**Signature du défendeur (ou signature de son représentant tel que mentionné ci-dessus) sous forme électronique [y compris toutes autres méthodes d'identification et d'authentification]:**

_____

Date:_____

**Si le demandeur (acheteur) a coché**

3) __ Je veux que les marchandises que j'ai reçues soient réparées par le défendeur (vendeur) de façon à être conformes à la qualité correspondant à ma commande.

**Le défendeur (vendeur) doit alors cocher l'une des options suivantes:**
**Si le demandeur (acheteur) a coché**

4) __ Je veux garder les marchandises et être en partie remboursé du prix d'achat par le défendeur (vendeur), à hauteur de _____ (soit le dépassement du montant que j'ai réglé par rapport à la valeur des marchandises que j'ai effectivement reçues).

**Le défendeur (vendeur) doit alors cocher l'une des options suivantes:**

d) Le défendeur-vendeur accepte de participer à une procédure de résolution du litige en ligne;

f) Le défendeur-vendeur n'a pas engagé d'autres voies de droit contre le demandeur au sujet de l'opération en question.

**Signature du défendeur (ou signature de son représentant tel que mentionné ci-dessus) sous forme électronique [y compris toutes autres méthodes d'identification et d'authentification]:**

_____

Date:_____

## Annexe A2

## Demande à présenter par le vendeur en tant que demandeur

**a) Renseignements concernant le demandeur (vendeur)**

Nom et adresse:

_____

_____

Adresse électronique aux fins de la notification pour la procédure de résolution du litige en ligne:

_____

Nom du représentant du demandeur (le cas échéant) autorisé à agir pour son compte dans la procédure de résolution du litige en ligne (et adresse électronique du représentant si elle diffère de l'adresse susmentionnée):

_____

_____

**b) Nom et adresses électroniques du défendeur et de son représentant (le cas échéant) tels que connus du demandeur:**

_____

_____

**c) Numéro de commande, date d'achat et autres renseignements disponibles pour identifier l'opération dont découle le litige**

_____

_____

**d) Origine de l'accord sous-tendant le recours à la présente procédure de résolution du litige en ligne**

_____

_____

**e) Réclamation et réparation demandée**

**1) Si l'opération concernait la vente de marchandises, veuillez remplir la section ci-dessous:**

**A) Réclamation par le demandeur-vendeur de marchandises:**

**Le demandeur (vendeur) doit cocher UNE SEULE des options numérotées figurant dans la liste ci-dessous:**

1) __ Je n'ai reçu aucun paiement pour les marchandises fournies.

2) __ Je n'ai reçu que _____ du prix d'achat total s'élevant à _____.

**B) Demande de mesure par le demandeur-vendeur de marchandises:**

**Le demandeur (vendeur) doit cocher UNE SEULE des options numérotées figurant dans la liste ci-dessous:**

1) __ Je veux recevoir le règlement correspondant à la partie non réglée du prix d'achat.

2) __ Je veux que les marchandises me soient renvoyées dans leur condition d'origine.

**2) Si l'opération concernait la vente de services, veuillez remplir la section ci-dessous:**

**A) Réclamation par le demandeur-vendeur de services:**

**Le demandeur (vendeur) doit cocher UNE SEULE des options numérotées figurant dans la liste ci-dessous:**

1) __ Je n'ai reçu aucun paiement pour les services fournis.

2) __ Je n'ai reçu que_____ du prix total s'élevant à _____.

**B) Demande de mesure par le demandeur-vendeur de services:**

**Le demandeur (vendeur) doit cocher UNE SEULE des options numérotées figurant dans la liste ci-dessous:**

1) __ Je veux recevoir le règlement correspondant à la partie non réglée du prix des services fournis.

2) __ Je veux obtenir l'autre mesure ci-dessous:

_____

**Signature du demandeur (ou signature de son représentant tel que mentionné ci-dessus) sous forme électronique [y compris toutes autres méthodes d'identification et d'authentification]:**

_____

Date:_____

**Annexe B2**

**Réponse à présenter par le vendeur en tant que défendeur**

**a) Renseignements concernant le défendeur (acheteur)**

Identité de l'acheteur telle que communiquée lors de l'opération d'achat initiale:

_____

_____

Adresse électronique aux fins de la notification pour la procédure de résolution du litige en ligne:

_____

Nom du représentant du défendeur autorisé à agir pour son compte dans la procédure de résolution du litige en ligne (et adresse électronique du représentant si elle diffère de l'adresse susmentionnée):

_____

_____

**b) Réponse à la réclamation et position à l'égard la réparation demandée**

**A. Si l'opération concernait la vente de marchandises, veuillez remplir la section ci-dessous:**

**Réponse du défendeur-acheteur de marchandises**

**A) Réponse du défendeur-acheteur de marchandises:**

**Le défendeur (acheteur) doit cocher UNE SEULE des options numérotées figurant dans la liste ci-dessous:**

1) __ J'ai réglé l'intégralité du prix d'achat.

2) __ Je suis prêt à régler la partie non payée du prix d'achat.

3) __ Je pense être en droit de ne pas régler la partie non payée du prix d'achat pour la raison suivante:

_____

_____

**2) Si l'opération concernait la vente de services, veuillez remplir la section ci-dessous:**

**A) Réclamation du défendeur-acheteur de services:**

**Le défendeur (acheteur) doit cocher UNE SEULE des options numérotées figurant dans la liste ci-dessous:**

1) __ J'ai réglé l'intégralité du prix d'achat.

2) __ Je suis prêt à régler la partie non payée du prix d'achat.

3) __ Je pense être en droit de ne pas régler la partie non payée du prix d'achat pour la raison suivante:

_____

**Signature du défendeur (ou signature de son représentant tel que mentionné ci-dessus) sous forme électronique [y compris toutes autres méthodes d'identification et d'authentification]:**

_____

Date:_____

# V. SÛRETÉS

## A. Rapport du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de sa vingtième session (Vienne, 12-16 décembre 2011) (A/CN.9/740)

**[Original: anglais]**

### TABLE DES MATIÈRES


| | | *Paragraphes* |
|---|---|---|
| I. | Introduction | 1-6 |
| II. | Organisation de la session | 7-12 |
| III. | Délibérations et décisions | 13 |
| IV. | Inscription des sûretés réelles mobilières: projet de guide sur le registre des sûretés réelles mobilières | 14-91 |
| | A. Généralités | 14-18 |
| | B. Projets de recommandations (A/CN.9/WG.VI/WP.48/Add.3) | 19-91 |
| | 1. Article premier: Définitions | 20-31 |
| | 2. Article 2: Registre | 32 |
| | 3. Article 3: Nomination [et obligations] du conservateur | 33-35 |
| | 4. Article 4: Accès du public aux services du registre | 36 |
| | 5. Article 5: Horaires de fonctionnement du registre | 37-39 |
| | 6. Article 6: Accès aux services d'inscription | 40-43 |
| | 7. Article 7: Accès aux services de recherche | 44-46 |
| | 8. Article 8: Autorisation et présomption relative à la source de l'avis | 47-51 |
| | 9. Article 9: Rejet d'un avis ou d'une demande de recherche | 52-56 |
| | 10. Article 10: Date et heure de l'inscription | 57-62 |
| | 11. Article 11: Durée et prorogation de l'inscription | 63-66 |
| | 12. Article 12: Moment où un avis peut être inscrit | 67-72 |
| | 13. Article 13: Caractère suffisant d'un avis unique | 73 |
| | 14. Article 14: Indexation des avis | 74-76 |
| | 15. Article 15: Modification, ajout, suppression, retrait ou correction d'informations dans le fichier du registre | 77-78 |
| | 16. Article 16: Responsabilité concernant les informations figurant dans un avis | 79 |
| | 17. Article 17: Informations devant figurer dans un avis | 80-84 |
| | 18. Article 22: Description des biens grevés | 85 |

19. Article 23: Description de biens grevés porteurs d'un numéro de série . . . 86
20. Article 24: Description de biens grevés attachés à un bien immeuble . . . . 87
21. Article 25: Informations incorrectes ou insuffisantes . . . . . 88-89
22. Article 26: Modification de l'avis inscrit . . . . . 90-91
V. Travaux futurs . . . . . 92

# I. Introduction

1. À sa présente session, le Groupe de travail VI (Sûretés) a continué d'œuvrer à l'élaboration d'un texte sur l'inscription des sûretés réelles mobilières, conformément à une décision prise par la Commission à sa quarante-troisième session, en 2010[1]. Cette décision se fondait sur l'idée qu'un tel texte compléterait utilement les travaux de la Commission sur les opérations garanties et donnerait aux États les orientations dont ils avaient besoin d'urgence pour l'établissement et l'exploitation d'un registre des sûretés[2].

2. À sa quarante-troisième session, en 2010, la Commission a examiné une note du Secrétariat sur les travaux futurs possibles dans le domaine des sûretés (A/CN.9/702 et Add.1). Cette note passait en revue tous les thèmes abordés lors d'un colloque international sur les opérations garanties (Vienne, 1er-3 mars 2010), à savoir l'inscription d'avis concernant les sûretés réelles mobilières, les sûretés réelles mobilières sur les titres non intermédiés, une loi type sur les opérations garanties, un guide contractuel sur les opérations garanties, l'octroi de licences de propriété intellectuelle et l'application des textes de la CNUDCI sur les opérations garanties[3]. La Commission est convenue que toutes les questions présentaient un intérêt et devraient être inscrites à son programme de travaux futurs afin qu'elle puisse les examiner lors d'une future session à partir de notes que le Secrétariat serait chargé d'établir dans les limites des ressources existantes. Cependant, compte tenu des ressources limitées dont elle disposait, elle est convenue que la priorité devrait être accordée à la question de l'inscription des sûretés réelles mobilières[4]. À cette session, la Commission est également convenue que, si l'on pouvait confier au Groupe de travail le soin de déterminer exactement la forme et la structure du texte, celui-ci pourrait: a) comprendre des principes, des lignes directrices, un commentaire, des recommandations et des modèles de règles; et b) se fonder sur le *Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties* (le "*Guide*")[5], sur des textes établis par d'autres organisations et sur les régimes juridiques nationaux qui

---

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

2 Ibid., par. 265.

3 On trouvera les documents présentés lors du colloque à l'adresse www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia/3rdint.html.

4 *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), par. 264 et 273.

5 Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.09.V.12.

avaient mis en place des registres des sûretés similaires à celui recommandé dans le *Guide*[6].

3. À sa dix-huitième session (Vienne, 8-12 novembre 2010), le Groupe de travail a commencé ses travaux d'élaboration d'un texte sur l'inscription d'avis concernant les sûretés réelles mobilières en examinant une note du Secrétariat intitulée "Inscription des sûretés réelles mobilières" (A/CN.9/WG.VI/WP.44 et Add.1 et 2). À cette session, il a adopté l'hypothèse de travail selon laquelle ce texte serait un guide sur la mise en place d'un registre des avis concernant les sûretés réelles mobilières et est convenu que le texte devrait être conforme au *Guide*, tout en tenant compte des approches adoptées par les systèmes modernes d'inscription des sûretés réelles mobilières, nationaux comme internationaux (A/CN.9/714, par. 13). À cette session, le Groupe de travail, ayant conclu que le *Guide* était conforme aux principes directeurs des textes de la CNUDCI sur le commerce électronique, a également examiné certaines questions soulevées par l'utilisation de communications électroniques dans les registres des sûretés pour faire en sorte que, comme le *Guide*, le texte sur l'inscription soit également conforme à ces principes (A/CN.9/714, par. 34 à 47).

4. À sa dix-neuvième session (New York, 11-15 avril 2011), le Groupe de travail a examiné une note du Secrétariat intitulée "Projet de guide sur le registre des sûretés réelles mobilières" (A/CN.9/WG.VI/WP.46 et Add.1 à 3). À cette session, différents avis ont été exprimés sur la forme et la teneur du texte à élaborer (A/CN.9/719, par. 13 et 14), ainsi que sur la question de savoir si celui-ci devrait inclure un règlement type ou des recommandations (A/CN.9/719, par. 46). Après avoir achevé la première lecture du projet de guide sur le registre des sûretés réelles mobilières, le Groupe de travail a prié le Secrétariat de préparer une version révisée du texte en tenant compte de ses délibérations et décisions (A/CN.9/719, par. 12).

5. À sa quarante-quatrième session (Vienne, 27 juin-8 juillet 2011), la Commission a souligné l'utilité des travaux entrepris par le Groupe de travail, compte tenu en particulier des efforts déployés par les États pour mettre en place un registre, ainsi que l'impact bénéfique que celui-ci pourrait avoir sur l'offre de crédit et le coût du crédit. S'agissant de la forme et de la teneur du texte à élaborer, il a été suggéré qu'il prenne la forme d'un guide assorti d'un commentaire et de recommandations conformément à l'approche suivie dans le *Guide* et non d'un texte comprenant un règlement type et son commentaire, mais la Commission est convenue qu'il n'était pas nécessaire de modifier le mandat du Groupe de travail en vertu duquel celui-ci déciderait de la forme et de la teneur du texte à élaborer. Il a aussi été décidé qu'en tout état de cause, elle trancherait définitivement la question lorsque le Groupe de travail aurait achevé ses travaux et lui aurait soumis le texte[7].

6. À l'issue des débats, la Commission, prenant note des importants progrès accomplis par le Groupe de travail dans sa tâche et de l'urgente nécessité de donner des orientations à un certain nombre d'États, a prié le Groupe de travail de progresser rapidement dans ses travaux et d'essayer de les achever si possible de

---

[6] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), par. 266 et 267.

[7] Ibid., *soixante-sixième session, Supplément n° 17* (A/66/17), par. 237.

manière à pouvoir lui présenter le texte à sa quarante-cinquième session, en 2012, afin qu'elle puisse l'approuver et l'adopter définitivement[8].

# II. Organisation de la session

7. Le Groupe de travail, qui était composé de tous les États membres de la Commission, a tenu sa vingtième session à Vienne du 12 au 16 décembre 2011. Ont assisté à cette session des représentants des États membres suivants: Allemagne, Autriche, Bahreïn, Bolivie (État plurinational de), Cameroun, Canada, Chili, Colombie, Égypte, El Salvador, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Inde, Iran (République islamique d'), Italie, Japon, Mexique, Nigéria, Norvège, Ouganda, Pologne, République de Corée, Thaïlande, Turquie, Ukraine et Venezuela (République bolivarienne du).

8. Ont assisté à la session des observateurs des États suivants: Croatie, Ghana, Indonésie, République arabe syrienne, République démocratique du Congo, République dominicaine, Roumanie, Slovaquie et Suisse. Ont également assisté à la session des observateurs de la Palestine et de l'Union européenne.

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

a) *Système des Nations Unies*: Banque mondiale;

b) *Organisations intergouvernementales*: Banque islamique de développement (BIsD), Organisation intergouvernementale pour les transports internationaux ferroviaires (OTIF), secrétariat de la Charte de l'énergie et Union asiatique de compensation (UAC);

c) *Organisations non gouvernementales internationales invitées par la Commission*: American Bar Association (ABA), Association européenne des étudiants en droit (ELSA), Association of the Bar of the State of New York, Commercial Finance Association, Forum for International Conciliation and Arbitration, International Insolvency Institute (III) et National Law Centre for Inter-American Free Trade.

10. Le Groupe de travail a élu le Bureau suivant:

*Président*: M. Rodrigo LABARDINI FLORES (Mexique)

*Rapporteuse*: M^me^ Kaggwa Ann Margaret KASULE (Ouganda)

11. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants: A/CN.9/WG.VI/WP.47 (Ordre du jour provisoire annoté), A/CN.9/WG.VI/WP.48 et Add.1 à 3 (Projet de guide sur le registre des sûretés réelles mobilières).

12. 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.

---

[8] Ibid., par. 238.

4. Inscription des sûretés réelles mobilières.

5. Questions diverses.

6. Adoption du rapport.

# III. Délibérations et décisions

13. Le Groupe de travail a examiné une note du Secrétariat intitulée “Projet de guide sur le registre des sûretés réelles mobilières” (A/CN.9/WG.VI/WP.48/Add.3). Ses délibérations et décisions sont exposées ci-après au chapitre IV. Le Secrétariat a été prié de préparer une version révisée du texte en tenant compte de ces délibérations et décisions.

# IV. Inscription des sûretés réelles mobilières: projet de guide sur le registre des sûretés réelles mobilières

## A. Généralités

14. Le Groupe de travail a d’abord examiné la forme du texte à élaborer. Dès le début, on a généralement considéré qu’il devrait s’agir d’un texte autonome complet, utile et facile à lire. Le Groupe de travail a aussi rappelé qu’à ses précédentes sessions, il avait été convenu que le texte devrait être conforme au *Guide* et en particulier aux recommandations de celui-ci, tout en proposant des options si nécessaire.

15. Toutefois, s’agissant de la forme du texte, différents points de vue ont été exprimés. Selon l’un d’eux, le texte devait prendre la forme d’un règlement type accompagné d’un commentaire (ou d’un guide pour l’incorporation). Il a été dit qu’un règlement type fournirait un ensemble de règles que les États adoptant la loi recommandée dans le *Guide* pourraient facilement adopter. À cet égard, il a été indiqué que l’expérience tirée de l’adoption du Règlement type de l’Organisation des États américains (OEA) par les États appliquant la Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières appuyait cette conclusion. Il a été ajouté qu’un guide accompagné d’un commentaire et de recommandations n’aurait peut-être pas nécessairement le même impact qu’un règlement type, comme l’indiquaient les projets de réforme de lois sur les opérations garanties actuellement en cours dans différents États. Enfin, il a été dit qu’un règlement type pourrait également apporter de la souplesse en proposant des options et des exemples, et serait plus facile à élaborer qu’un guide.

16. Toutefois, selon l’avis qui a prévalu, le texte devrait prendre la forme d’un guide accompagné d’un commentaire et de recommandations. On a déclaré qu’une telle approche serait conforme à celle adoptée dans le *Guide*: un texte offrant au législateur plus de latitude qu’une loi type ou un règlement type. En outre, on a fait observer qu’une telle approche serait plus avantageuse pour le législateur puisqu’elle lui apporterait à la fois la certitude de recommandations spécifiques et détaillées et la souplesse d’un commentaire général. Enfin, on a souligné qu’un guide devrait être préféré à un règlement type parce qu’il offrirait plus de souplesse et permettrait au Groupe de travail d’aboutir plus facilement à un consensus.

17. Durant la discussion, il a été dit que lorsque les recommandations comporteraient des options, des exemples de règles types pourraient être insérés dans une annexe au texte.

18. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu que le texte devrait prendre la forme d'un guide accompagné d'un commentaire et de recommandations (le "projet de guide sur le registre") semblable au *Guide*. Il a été convenu en outre que lorsque le texte présenterait des options, des exemples de règles types pourraient être insérés en annexe au projet de guide sur le registre.

## B. Projets de recommandations (A/CN.9/WG.VI/WP.48/Add.3)

19. Le Groupe de travail a ensuite examiné les projets de recommandations figurant dans le document A/CN.9/WG.VI/WP.48/Add.3, étant entendu qu'une fois cet examen achevé, il pourrait plus facilement terminer le commentaire figurant dans les documents A/CN.9/WG.VI/WP.48 et Add.1 et 2.

### 1. Article premier: Définitions

20. S'agissant des définitions de l'article premier, les suggestions suivantes ont été faites:

a) Dans le chapeau, le terme "modifications" devrait être supprimé, car des règles administratives subsidiaires telles que celles se rapportant au registre ne pouvaient pas modifier la loi applicable aux opérations garanties;

b) Dans la définition du terme "adresse", il faudrait également mentionner l'adresse électronique, qui était tout aussi permanente ou provisoire qu'une adresse physique ou une boîte postale;

c) Dans la définition du terme "modification": i) il faudrait envisager de mentionner l'ajout, la radiation et la modification d'informations; ii) la liste d'exemples devrait être supprimée et insérée dans le commentaire (ce qui permettrait de préciser, entre autres, qu'en vertu du *Guide*, il n'était pas nécessaire d'inscrire un avis dans le cas d'une cession de l'obligation garantie, d'une subrogation ou d'une cession de rang, et que ces deux dernières opérations et leurs effets juridiques n'étaient pas examinés dans le *Guide*); et iii) le commentaire devrait établir une distinction entre la suppression de certaines informations (telle que la suppression d'un constituant ou d'un bien grevé, qui pourrait équivaloir à une radiation) et la radiation de l'avis entier;

d) La définition de l'expression "personne procédant à l'inscription" devrait être révisée de manière à indiquer clairement qu'il s'agissait du créancier garanti ou de son représentant, mais pas d'un messager ou d'un employé (voir décisions ultérieures sur ce point aux paragraphes 40, 64 et 89 ci-après);

e) Dans la définition du terme "conservateur", les adjectifs "physique ou morale" accompagnant le mot "personne" devraient être supprimés, puisqu'une personne était de toute façon physique ou morale (une question laissée à d'autres lois nationales);

f) Dans la définition du terme “inscription”, le texte entre crochets devrait être supprimé, puisqu’il figurait déjà dans la définition du terme “avis”, qui désignait l’avis initial, un avis de modification ou un avis de radiation;

g) Dans la définition du terme “numéro de l’inscription”, il faudrait mentionner uniquement le numéro de l’avis initial, qui devrait être attribué par le registre et fourni par la personne procédant à l’inscription pour toute modification ou radiation d’un avis, et non plusieurs numéros d’inscription;

h) Dans la définition du terme “fichier du registre”, les expressions “sous forme électronique” ou “manuellement dans les fichiers papier du registre” étaient superflues et devraient être supprimées, puisque le *Guide* recommandait l’inscription par voie électronique si possible;

i) Les définitions des expressions “numéro de série” et “biens porteurs de numéros de séries” devraient être supprimées (le recours à un numéro de série comme critère d’indexation et de recherche n’était pas recommandé dans le *Guide* et si ces expressions étaient conservées, leur portée devrait être élargie de manière à englober tous les types de biens considérés comme porteurs de numéros de séries en vertu de la loi de l’État adoptant) et les questions pertinentes devraient être abordées dans le commentaire.

21. Sous réserve des modifications susmentionnées, le Groupe de travail a adopté quant au fond les définitions susmentionnées. Il a également adopté en l’état les définitions des termes “loi” et “avis”. Notant que, dans sa définition actuelle, le terme “avis” englobait l’avis initial, un avis de modification ou un avis de radiation et que la manière dont ce terme était utilisé dans les projets de recommandations n’était pas toujours conforme à cette définition, il est aussi convenu que les projets de recommandations devraient bien faire la distinction entre les trois types d’avis visés par cette définition.

22. Le Groupe de travail a ensuite examiné la question de la fonction et de l’emplacement des définitions dans le projet de guide sur le registre. Les avis ont divergé sur la question. Selon un point de vue, ces définitions devaient accompagner les recommandations. Il a été dit que cette approche était appropriée car les définitions étaient nécessaires à la compréhension des projets de recommandations (et de tout projet de règlement type). On a également fait observer que les définitions ne s’appliquaient pas forcément à l’ensemble du projet de guide sur le registre, qui remplissait une fonction différente, à visée éducative. On a également souligné que, dans le cas contraire, il faudrait réviser l’ensemble du commentaire du projet de guide sur le registre pour s’assurer que la terminologie employée correspondait à celle des définitions.

23. Toutefois, selon l’avis qui a prévalu, conformément à l’approche adoptée dans le *Guide*, les définitions devraient être libellées comme une terminologie utile pour la lecture de l’ensemble du projet de guide sur le registre et placées dans l’introduction dudit projet et dans l’annexe avec les projets de recommandations, mais pas sous la forme de projets de recommandations. Il a été dit que les définitions avaient leur place dans la législation mais pas dans des recommandations destinées au législateur. En outre, on a fait observer que la terminologie du projet de guide sur le registre et celle du *Guide* s’appliqueraient toutes deux à l’ensemble du projet de guide sur le registre. Enfin, il a été dit que la terminologie du projet de

guide sur le registre pourrait non pas modifier mais seulement compléter la terminologie du *Guide*.

24. En réponse à une question, on a noté que le projet de guide sur le registre utilisait le terme “avis” dans le même sens que le *Guide* (voir le terme “avis” dans l’introduction du *Guide* et les recommandations 54 d), 57 et 72 à 75). Toutefois, on a fait observer que dans les projets de recommandations, ce terme avait un sens plus restrictif que dans le *Guide*.

25. Lors du débat sur la fonction et l’emplacement de la terminologie, on a soulevé la question fondamentale de savoir si le projet de guide sur le registre devrait être présenté comme un complément du *Guide*, comme le Supplément sur les sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles (le “Supplément”), ou comme un guide distinct, autonome et complet.

26. D’emblée, il a été généralement convenu que le projet de guide sur le registre devrait compléter le *Guide*, en particulier son chapitre IV sur le système de registre, et développer les divers aspects d’un registre général des sûretés pour aider les États à établir et exploiter ce type de registre. Il a été également convenu que le projet de guide sur le registre devrait inclure des renvois au commentaire ou aux recommandations du *Guide*, mais qu’il n’était pas nécessaire de reproduire tous les aspects liés à l’inscription figurant déjà dans le *Guide*, puisque le projet de guide sur le registre était censé être un outil de référence aidant les États à mettre en place le registre général sur les sûretés recommandé dans le *Guide*.

27. Des avis divergents ont été exprimés concernant le titre exact et la nature précise du projet de guide sur le registre. Selon un avis, conformément à l’objectif global généralement approuvé, le projet de guide sur le registre devait prendre la forme d’un supplément du *Guide*. Il a été dit que, comme le Supplément, un tel supplément pourrait être compatible avec le *Guide*, expliquer les questions touchant l’inscription dans un commentaire plus détaillé et inclure des recommandations concernant les règles sur le registre. On a fait observer en outre que, comme le Supplément, un tel supplément pourrait compléter le *Guide* tout en constituant un texte complet et autonome contenant de nombreux renvois à celui-ci. Enfin, on a signalé que, dans la mesure où les recommandations du *Guide* traitaient aussi de questions touchant l’inscription et où les recommandations du projet de guide sur le registre répétaient certaines des recommandations les plus fondamentales du *Guide* en ce qui concerne l’inscription, il y avait déjà de nombreux recoupements entre les deux guides.

28. Cependant, l’avis qui a prévalu était que le projet de guide sur le registre devrait être présenté comme un guide distinct, autonome et complet. Il a été dit que du point de vue de la promotion ou de l’impact commercial, un guide conviendrait mieux qu’un supplément. On a ajouté que, dans la mesure où le projet de guide sur le registre se référait à un texte subsidiaire (c’est-à-dire des règles concernant le registre) et non à la législation, il différait du Supplément, qui contenait des recommandations législatives. On a indiqué en outre que le *Guide* était long et que le lecteur du projet de guide sur le registre ne devrait donc pas avoir à lire le *Guide* en entier. Il a été dit aussi que le projet de guide sur le registre pourrait inclure des références ciblées au *Guide*, sans le paraphraser ni le répéter en entier.

29. Finalement, il a été dit qu’un texte distinct, autonome et complet permettrait aux États d’appliquer le projet de guide sur le registre sans devoir nécessairement

appliquer aussi la loi recommandée dans le *Guide*. À cet égard, on a appelé à la prudence en soulignant que, même si la loi sur les opérations garanties d'un État adoptant le projet de guide sur le registre ne devait pas nécessairement être identique à la loi recommandée dans le *Guide*, elle devait au moins être conforme à ses principaux objectifs, à ses orientations politiques fondamentales et à ses principes généraux. Par exemple, si un État avait adopté généralement la loi recommandée dans le *Guide* en prévoyant une inscription par document et non par avis, ou une inscription aux fins de création et non d'opposabilité aux tiers, l'État ne pourrait pas appliquer le projet de guide sur le registre quant au fond.

30. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est provisoirement convenu que le projet de guide sur le registre prendrait la forme d'un texte distinct, autonome et complet, conforme au *Guide*, comportant des références ciblées à celui-ci et intitulé provisoirement "Guide législatif technique sur la mise en place d'un registre des sûretés réelles mobilières". Il est également convenu de réexaminer la question de la présentation du texte et de son titre lorsqu'il aurait terminé ses travaux. À cet égard, il a été noté que pour se prononcer définitivement le Groupe de travail voudrait peut-être tenir compte: a) du mandat de la CNUDCI en tant qu'organe législatif; b) des types de guide déjà établis par la CNUDCI (guides contractuels, guides législatifs et guides sur l'application d'une loi type); et c) du lien entre les guides législatifs et la législation, que celle-ci soit adoptée au niveau fédéral ou au niveau d'un État par un parlement, un ministère ou un autre organe ayant le pouvoir de légiférer en vertu du droit interne.

31. Le Groupe de travail a poursuivi l'examen de ces articles, étant entendu qu'ils seraient réécrits sous la forme de projets de recommandations précédés d'un texte tel que "Le règlement devrait prévoir que...", avec tous les autres ajustements nécessaires.

### 2. Article 2: Registre

32. Il a été proposé que l'article 2 précise que le registre devait être centralisé. Cette proposition a suscité des objections. Il a été dit que, conformément au *Guide* (voir recommandation 54, alinéas e) et k)), le "fichier du registre" devait être centralisé et que les utilisateurs devaient pouvoir y accéder en ligne ou à travers plusieurs points d'accès (voir le *Guide*, chapitre IV, par. 21 à 24 et 38 à 41). À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a approuvé quant au fond l'article 2, sans modification.

### 3. Article 3: Nomination [et obligations] du conservateur

33. S'agissant du libellé, il a été proposé que le paragraphe 1 mentionne le fait que l'autorité publique compétente devait "déterminer" les obligations et "suivre" leur exécution par le conservateur. Il a également été proposé d'aligner l'intitulé de l'article qui renvoyait au "conservateur", sur le corps du texte qui renvoyait au "registre". On a par ailleurs estimé que le paragraphe 2 de la variante B devrait être supprimé. On a fait observer que les questions d'identification et de vérification de l'identité de la personne procédant à l'inscription ou de l'existence d'une autorisation d'inscription avaient davantage leur place dans les articles 6, paragraphe 1 a), et 16. Ces propositions ont bénéficié d'un soutien suffisant.

34. Différentes vues ont toutefois été exprimées sur le point de savoir si le paragraphe 3 de la variante B devait être conservé. Selon un avis favorable à son maintien, ce paragraphe donnait une vue d'ensemble utile des obligations du conservateur. Il a été dit que, si le paragraphe 3 était maintenu, il faudrait préciser dans le commentaire que: a) une copie de toute modification apportée à un avis ne devrait être adressée qu'à la personne identifiée dans l'avis comme le créancier garanti; et b) que le mot "utilisateur" désignait une personne procédant à l'inscription ou une personne effectuant une recherche mais non un constituant. Selon un autre avis, ce paragraphe devait être supprimé car il pouvait donner involontairement l'impression qu'il s'agissait d'une liste exhaustive des obligations du conservateur. À l'issue de la discussion, il a été convenu que le paragraphe 3 serait maintenu entre crochets afin que le Groupe de travail puisse y revenir une fois qu'il aurait fini d'examiner tous les articles concernant les obligations du conservateur. Il a par ailleurs été convenu que le mot "obligations" dans l'intitulé de l'article serait également maintenu entre crochets, en attendant que le Groupe de travail se prononce sur le paragraphe 3.

35. Sous réserve des modifications susmentionnées, le Groupe de travail a approuvé l'article 3 quant au fond.

### 4. Article 4: Accès du public aux services du registre

36. Le Groupe de travail a approuvé l'article 4 quant au fond sans le modifier.

### 5. Article 5: Horaires de fonctionnement du registre

37. On a suggéré de supprimer l'article 5. Il a été dit que les horaires de fonctionnement du registre étaient une question qui devait être laissée aux règles générales sur les heures d'ouvertures habituelles dans chaque État. Il a également été fait observer que l'article 4 qui, en substance, traitait du même sujet, était suffisant dans la mesure où il consacrait le principe de l'accès du public au registre. Des objections ont été formulées à l'encontre de cette suggestion. Il a été fait observer que l'article 4 traitait du droit d'une personne à l'accès au service du registre, alors que l'article 5 traitait de la manière dont le registre permettrait à une personne d'exercer ce droit. Il a également été dit que l'article 5 servait aussi à préciser, conformément à la recommandation 54, alinéa 1), le fonctionnement continu d'un registre électronique sous réserve de quelques exceptions. À l'issue du débat, il a été convenu que l'article 5 devrait être maintenu. En outre, il a été convenu que le paragraphe 1 devrait être modifié pour bien préciser que les mots entre crochets signifiaient que chaque État adoptant pouvait fixer les jours et heures de fonctionnement du registre. Il a aussi été convenu que le paragraphe 2 devrait contenir une référence au fonctionnement continu des registres électroniques.

38. Différents points de vue ont été exprimés sur la question de savoir si les paragraphes 2 et 3 devaient être fusionnés. Selon un point de vue, ils ne devaient pas l'être. Il a été dit que la maintenance ne concernait pas seulement les registres électroniques mais aussi les registres sur support papier. Il a également été fait observer que les cas de force majeure (tremblements de terre, incendies, inondations) pouvaient perturber le fonctionnement des registres électroniques et des registres sur support papier. Le point de vue dominant était toutefois favorable à la fusion des paragraphes 2 et 3. Il a été fait observer que la maintenance ne visait que le fonctionnement continu du registre électronique. En outre, il a été dit que,

selon la recommandation 54, alinéa 1), un registre sur support papier devait fonctionner pendant les heures normales d'ouverture, ce qui laissait en général la possibilité d'effectuer la maintenance en dehors de ces heures. De plus, il a été souligné que la force majeure n'était pas évoquée dans la recommandation 54, alinéa 1), puisqu'il s'agissait d'une question d'ordre général réglée par une autre branche du droit. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu que les paragraphes 2 et 3 devraient être fusionnés, et que les mots introductifs du paragraphe 3 ("nonobstant [...] article") et la référence à la force majeure devraient être supprimés. Il a également été convenu que les cas de force majeure et leur éventuelle influence sur le fonctionnement des registres électroniques ou sur support papier devraient être examinés dans le commentaire.

39. Sous réserve des changements ci-dessus, le Groupe de travail a approuvé quant au fond l'article 5.

### 6. Article 6: Accès aux services d'inscription

40. Alors que le paragraphe 1 a été généralement appuyé quant au fond, un certain nombre de suggestions ont été faites au sujet de son libellé. On a suggéré que dans le chapeau il soit fait référence à la "personne procédant à l'inscription" plutôt qu'à la "personne [qui] a le droit d'inscrire". Il a été dit que l'expression "personne procédant à l'inscription" renvoyait à la personne qui effectuait l'inscription, laquelle pouvait être le créancier garanti, son représentant ou un tiers agissant au nom du créancier garanti ou de son représentant. Il a également été fait observer qu'il convenait d'être prudent dans l'utilisation de cette expression dans le projet de guide, surtout lorsqu'il fallait se référer uniquement au créancier garanti ou à son représentant (voir par. 20 d) ci-avant et par. 64 et 89 ci-dessous). Selon une autre suggestion, le paragraphe 1 a) devait faire référence à l'identifiant du créancier garanti comme prescrit par la loi et l'article 21. Enfin, selon une autre suggestion, il fallait conserver les mots "le cas échéant" sans crochets dans le paragraphe 1 b), afin de tenir compte de la possibilité prévue à l'article 33 (conformément à la recommandation 54, al. i)), à savoir qu'il n'y avait aucun frais d'inscription à payer. Ces suggestions ont recueilli un soutien suffisant.

41. Différents points de vue ont été formulés sur la question de savoir si les paragraphes 2 à 4 devaient être conservés. Un avis a été exprimé en faveur de leur maintien. Il a été dit que: a) le paragraphe 2 énonçait de manière appropriée le principe selon lequel un avis pouvait se présenter sous format papier ou électronique; b) le paragraphe 3 mentionnait une notion utile, celle du compte d'utilisateur, ainsi que les conditions d'utilisation du registre; et c) le paragraphe 4 précisait comment une personne physique devait s'identifier dans un avis papier (en tant que personne procédant à l'inscription ou en tant que personne procédant à l'inscription et représentant une personne morale).

42. Cependant, selon l'avis qui a prévalu, les paragraphes 2 à 4 devaient être supprimés. S'agissant du paragraphe 2, il a été dit qu'il semblait recommander un système de registre mixte, électronique et papier, allant ainsi involontairement à l'encontre de la recommandation du *Guide* en faveur du registre électronique, si possible (voir recommandation 54, al. j)). S'agissant du paragraphe 3, on a fait observer que: a) la signification et le but d'un "compte d'utilisateur" n'étaient pas clairs et, en tout état de cause, s'il s'agissait d'un moyen d'identifier la personne procédant à l'inscription ou de faciliter le paiement, ces questions étaient déjà

couvertes par le paragraphe 1; b) il n'y avait aucune raison de limiter le recours au compte d'utilisateur à un contexte électronique; et c) une référence à un compte d'utilisateur pourrait involontairement conduire à une violation du principe de neutralité technologique. S'agissant du paragraphe 4, on a souligné son caractère superflu puisque l'identification d'une personne physique était déjà traitée aux articles 6-1 et 21.

43. Sous réserve des modifications mentionnées ci-dessus, le Groupe de travail a approuvé l'article 6 quant au fond.

### 7. Article 7: Accès aux services de recherche

44. L'article 7 quant au fond a été généralement appuyé. S'agissant de son libellé, un certain nombre de suggestions ont été faites. Il a été suggéré de supprimer la référence au certificat de recherche. Il a été dit que, puisque l'article 32 mentionnait les certificats de recherche et que dans un système de registre papier une personne effectuant une recherche pouvait demander une copie des résultats de la recherche, la référence à une recherche était suffisante à cet égard. Une autre suggestion consistait à supprimer l'option A et à conserver l'option B sans crochets en faisant référence à des frais de recherche conditionnels, conformément à la recommandation 54, alinéa i), par l'ajout du mot "éventuels". Selon une autre suggestion, il convenait de faire référence à la règle selon laquelle, contrairement à la personne procédant à l'inscription, une personne effectuant une recherche n'avait pas besoin de s'identifier. Ces suggestions ont recueilli un soutien suffisant.

45. Enfin, selon une autre suggestion, les mots "sans avoir à préciser le motif de sa recherche" devaient être supprimés puisqu'il s'agissait là d'une question de droit. On a contesté cette suggestion. Il a été largement estimé que la règle selon laquelle une personne effectuant une recherche n'avait pas besoin de la motiver était suffisamment importante pour justifier qu'on la répète à l'article 7 du projet de recommandations.

46. Sous réserve des modifications mentionnées ci-dessus, le Groupe de travail a approuvé l'article 7 quant au fond.

### 8. Article 8: Autorisation et présomption relative à la source de l'avis

47. Sur le fond, le paragraphe 1 a été généralement appuyé. Il a été largement estimé que l'inscription devait être autorisée par le constituant et que le registre ne pouvait exiger la vérification de cette autorisation. Il a par ailleurs été convenu que les deux dernières phrases de l'article 12 devraient être fusionnées avec l'article 8 car elles avaient également trait à l'autorisation de l'inscription (voir recommandation 71; et par. 72 ci-après).

48. S'agissant du libellé, on a proposé que le mot "Cependant" soit supprimé car la première et la deuxième phrases du paragraphe 1 portaient sur deux questions distinctes. On a également proposé d'aligner le paragraphe 1 sur l'alinéa d) de la recommandation 54, aux termes duquel le registre n'exigeait pas la vérification de l'identité de la personne procédant à l'inscription. Ces deux propositions ont recueilli un appui suffisant.

49. Toutefois, le texte entre crochets dans le paragraphe 1 relatif aux questions de preuve n'a recueilli aucun soutien. Il a été généralement admis qu'il s'agissait là

d'un point de droit qui pourrait être examiné dans le commentaire. Il a par ailleurs été convenu que le commentaire pourrait aborder la question de la charge de la preuve et donner des indications à ce sujet, compte tenu du fait en particulier que, selon la loi recommandée dans le *Guide*, l'inscription était autorisée avant la constitution d'une sûreté ou la conclusion d'une convention constitutive de sûreté. À cet égard, on a mentionné le paragraphe 1 c) de l'article 30 qui traitait de la radiation obligatoire lorsque l'inscription n'avait pas été autorisée par le constituant.

50. Différents avis ont été exprimés sur le point de savoir si le paragraphe 2 devait être maintenu. Selon un avis, il devait l'être afin de bien préciser, par exemple, que l'inscription effectuée par la succursale d'une banque utilisant les renseignements relatifs au compte d'utilisateur de la banque était une inscription effectuée par cette banque. Toutefois, selon l'avis qui a prévalu, le paragraphe 2 devait être supprimé. Il a été indiqué qu'il s'agissait là d'une question de droit procédural ou substantiel qui n'avait pas sa place dans le projet de recommandations. En outre, on a fait observer qu'aucune présomption ne découlait de l'inscription effectuée par une personne utilisant les renseignements relatifs à un compte d'utilisateur, dont l'objet était simplement de faciliter le paiement des frais. Il a également été dit que la question devait être abordée de façon plus nuancée, éventuellement dans l'esprit de l'article 13 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. Il a toutefois été convenu qu'elle pourrait le cas échéant être examinée dans le commentaire. Outre la suppression du paragraphe 2, le Groupe de travail est convenu que le mot "présomption" dans l'intitulé de l'article devrait également être supprimé.

51. Sous réserve des modifications susmentionnées, le Groupe de travail a approuvé l'article 8 quant au fond.

### 9. Article 9: Rejet d'un avis ou d'une demande de recherche

52. Il a été noté que le paragraphe 1 avait pour objet de dresser une liste exhaustive des raisons autorisant le registre à rejeter l'inscription d'un avis ou une demande de recherche. Afin de préciser ce point, il a été convenu que le chapeau du paragraphe 1 devrait inclure un libellé tel que "uniquement si". Sur le plan rédactionnel, il a également été proposé: a) que, dans le chapeau du paragraphe 1, le rejet d'un avis soit présenté comme un fait et non comme une possibilité; b) que les mots "sur papier ou par voie électronique" dans l'alinéa a) du paragraphe 1 soient supprimés car ils étaient superflus. Ces propositions ont recueilli un appui suffisant.

53. S'agissant de l'alinéa b) du paragraphe 1, il a été dit que le mot "illisibles" ne pouvait s'appliquer qu'aux informations figurant sur un avis papier. Toutefois, selon l'avis qui a prévalu, ce mot pouvait s'appliquer tout autant aux informations figurant sur un avis transmis par voie électronique. Il a été largement estimé que les données pourraient être illisibles lorsque le registre électronique ne serait pas à même de reconnaître certains caractères ou lorsque les données seraient dénaturées.

54. S'agissant de l'alinéa c) du paragraphe 1, plusieurs propositions ont été formulées. Selon un avis, cet alinéa devait se limiter au cas où les frais demandés n'étaient pas acquittés. Il a été indiqué que le fait de ne pas communiquer un avis par l'un des moyens autorisés, le fait que les informations figurant sur l'avis soient incomplètes ou illisibles et le non-acquittement des frais demandés étaient les seules raisons pouvant justifier le rejet d'une inscription ou d'une demande de recherche.

Cet avis a suscité des objections. Il a été dit que d'autres raisons pourraient justifier le rejet d'une inscription ou d'une demande de recherche par le registre (par exemple, si les informations figurant dans l'avis n'étaient pas exprimées dans la langue précisée dans la loi; voir art. 17-2).

55. S'agissant du paragraphe 2, il a bénéficié d'un appui sur le fond, mais il a été proposé de le modifier sur le plan rédactionnel afin de préciser que le registre était tenu de communiquer à la personne procédant à l'inscription ou à la personne effectuant une recherche les motifs du rejet dès que possible.

56. Sous réserve des modifications susmentionnées, le Groupe de travail a approuvé l'article 9 quant au fond.

### 10. Article 10: Date et heure de l'inscription

57. Il a été généralement convenu que le principal objectif de l'article 10 était d'appliquer la recommandation 70 du *Guide* (qui dispose que l'inscription d'un avis prend effet dès que les informations qui y sont contenues sont saisies dans les fichiers du registre de manière à être accessibles aux personnes effectuant une recherche). Cependant, divers avis ont été exprimés sur la manière dont ce résultat pourrait être obtenu. Selon l'un d'eux, l'article 10 devrait se limiter à énoncer la règle contenue dans la recommandation 70. Il a été dit que le moment où l'inscription prenait effet déterminait non seulement la priorité entre les créanciers garantis concurrents mais aussi celle entre un créancier garanti et un réclamant concurrent n'ayant pas inscrit d'avis (par exemple, le bénéficiaire du transfert d'un bien grevé, un créancier judiciaire ou le représentant de l'insolvabilité du constituant). À cet égard, il a été indiqué que la priorité d'une sûreté sur les droits de ces réclamants concurrents n'était pas traitée au paragraphe 2. En outre, il a été observé que toute référence au moment de la réception de l'avis pourrait créer une confusion en ce qui concernait le moment réel de la prise d'effet de l'inscription, d'autant que, dans un contexte électronique, il y aurait peu ou pas d'écart entre le moment de la réception de l'avis et celui où il serait accessible aux personnes effectuant une recherche.

58. Il a été dit en outre que le paragraphe 2 contribuait à cette confusion dans la mesure où il renvoyait à une question interne du registre, à savoir l'ordre dans lequel le personnel du registre saisissait les avis papier dans le fichier du registre. Il a donc été suggéré de faire référence, dans le paragraphe 1, au moment où l'inscription d'un avis prenait effet, et de supprimer le paragraphe 2. Cette suggestion a recueilli un appui suffisant.

59. Selon un autre avis, il convenait de remanier l'article 10 pour traiter d'abord le moment de la prise d'effet d'un avis et ensuite l'ordre dans lequel le personnel du registre saisissait les avis papier dans le fichier du registre. Il a été dit que le premier point était plus important et que le second devrait se limiter aux cas où plusieurs avis papier étaient soumis. À cet égard, il a été souligné qu'une erreur du personnel du registre dans l'ordre de saisie des avis pourrait affecter la priorité des sûretés concernées et engager la responsabilité du registre.

60. Lors de la discussion, il a été suggéré que la deuxième partie du paragraphe 1 fasse référence à l'avis initial, puisque le numéro d'inscription contrôlant l'ensemble des avis ultérieurs serait celui de l'avis initial (voir par. 20 g) ci-avant). Il a également suggéré que le passage entre crochets du paragraphe 2 ("ou les

organiser d'une autre manière") soit conservé sans crochets et révisé de manière à exprimer la nécessité de conserver les informations de telle manière qu'une personne effectuant une recherche puisse les retrouver. Il a été dit que, même si l'indexation des informations était très répandue (à l'origine sur papier puis dans les registres électroniques), il était possible d'organiser les informations de manière à permettre des recherches sans indexation (telles que des recherches en forme libre ou par mots clefs). Ces suggestions ont recueilli un appui suffisant.

61. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu que l'article 10 devrait être refondu de manière à ce que la première partie traite de la date et de l'heure de l'inscription (appliquant la recommandation 70) et la deuxième partie, de l'ordre dans lequel le personnel du registre devait saisir les avis papier dans le fichier du registre. Il a également été convenu que la première partie du paragraphe 1 devrait faire référence à la date et l'heure à laquelle l'inscription d'un avis prenait effet et la deuxième partie au numéro d'inscription de l'avis initial. Il a été convenu en outre que le paragraphe 3 pourrait rester inchangé quant au fond. Enfin, il a été convenu que les questions traitées à l'article 10, notamment le cas où des avis papier étaient reçus par courrier électronique à la même date et à la même heure, feraient l'objet d'explications supplémentaires dans le commentaire.

62. Sous réserve des modifications susmentionnées, le Groupe de travail a approuvé l'article 10 quant au fond (pour ce qui est de la deuxième modification suggérée au paragraphe 60, se référer au paragraphe 74 ci-dessous).

### 11. Article 11: Durée et prorogation de l'inscription

63. Dès le début, une préférence a été exprimée pour l'option A seule ou avec l'option C, mais il a été généralement reconnu que: a) toutes les options contenues dans l'article 11 pourraient être conservées; et b) le commentaire devrait préciser que l'État adoptant devrait choisir l'une d'entre elles. Il a été largement admis que le commentaire devrait examiner toutes les options et leurs avantages et inconvénients. Il a été dit que l'option A apportait de la sécurité mais pas de souplesse, que l'option B apportait trop de souplesse dans la mesure où la personne procédant à l'inscription pourrait choisir un nombre infini d'années, et que l'option C associait liberté de choix des parties et sécurité dans la mesure où elle limitait la durée que pourrait choisir la personne procédant à l'inscription.

64. Plusieurs suggestions ont été faites. L'une d'elles était que le paragraphe 1 des options A et B, comme celui de l'option C, renvoie à la durée d'inscription de l'avis initial, puisque la durée de l'avis de prorogation (modification) était traitée au paragraphe 2 dans les trois options. Il a également été suggéré de renvoyer à l'article 26 pour préciser que la prorogation de la durée de l'inscription se ferait par inscription d'un avis de modification. Il a été suggéré en outre de remplacer au paragraphe 2 des options A, B et C le terme "personne procédant à l'inscription" par l'expression "créancier garanti ou son représentant". Il a été dit que le terme "personne procédant à l'inscription" pouvait englober le créancier garanti ou son représentant (pouvant être identifié dans le champ approprié de l'avis) autre qu'un messager, employé ou prestataire de services (voir par. 20 d) et par. 40 ci-dessus, ainsi que par. 89 ci-dessous). Il a été dit que l'avis pourrait comporter un champ pour une personne procédant à l'inscription autre que le créancier garanti ou son représentant. Il a été suggéré en outre de réexaminer l'emploi du terme "personne

procédant à l'inscription" dans chaque article pour déterminer s'il était approprié dans chaque cas.

65. Il a été suggéré aussi que, même si en vertu de l'article 17 le registre pouvait rejeter l'avis si la personne procédant à l'inscription omettait de préciser la durée de celle-ci alors qu'elle pouvait le faire, le commentaire devrait envisager la possibilité de concevoir le registre de manière à insérer automatiquement une durée. Il a été dit également que le problème de l'option B ne fixant pas de limite de durée de l'inscription pourrait aussi être examiné dans le commentaire. Il a été dit que comme l'autorisation du constituant était toujours une condition de la prise d'effet de l'inscription, le problème de la durée illimitée serait réglé puisque le constituant ne permettrait pas à un avis de rester inscrit éternellement. En outre, il a été observé que le problème pourrait être réglé en calculant les frais d'inscription sur une base annuelle, ce qui découragerait toute exagération dans le choix de la durée. On a indiqué en outre que le problème serait réglé si un État choisissait d'adopter l'option C. Compte tenu de ce qui précède, il a été suggéré de traiter cette question dans le commentaire. Toutes ces suggestions ont recueilli un appui suffisant.

66. Sous réserve des modifications susmentionnées, le Groupe de travail a approuvé l'article 11 quant au fond.

### 12. Article 12: Moment où un avis peut être inscrit

67. Au début de la discussion, il a été suggéré de supprimer les articles 12 et 13, qui répétaient des recommandations du *Guide* concernant des questions de droit. Il a été dit que, d'une façon générale, les articles traitant de questions de droit et ne s'adressant pas aux concepteurs du registre n'avaient pas leur place dans les projets de recommandations. Il a également été observé que les questions relevant de la loi sur les opérations garanties pourraient être traitées dans le commentaire, qui remplissait, lui, une fonction pédagogique générale.

68. Cette suggestion a suscité une objection. Il a été dit que les techniques législatives variaient selon les États et que le projet de guide sur le registre devrait leur laisser la possibilité de traiter des questions d'inscription dans la loi, les règles concernant le registre, les conditions d'utilisation du registre, le contrat entre l'autorité de contrôle et le conservateur du registre, ou un autre texte. On a fait observer en outre qu'il n'y avait rien de mal à répéter dans les projets de recommandations du projet de guide sur le registre (destinés au législateur qui rédigerait les règles sur le registre) des recommandations du *Guide* (destinées à l'auteur de la loi pertinente sur les opérations garanties). Il a été dit en outre que le projet de guide sur le registre devrait être rédigé de manière à pouvoir être lu aisément non seulement par les concepteurs et le personnel du registre, qui ne seraient peut-être pas des juristes, mais aussi par les législateurs, juges et juristes, qui apprécieraient quelques orientations sur des points de droit. Il a également été dit que l'introduction du projet de guide sur le registre pourrait comporter une partie didactique expliquant la fonction des projets de recommandations et la manière dont elles pourraient être incorporées dans une loi, un règlement, des contrats ou d'autres textes. Enfin, il a été dit que l'introduction pourrait expliquer le contexte général (notamment juridique) et préciser que les règles sur le registre (auxquelles se référaient les projets de recommandations) ne pourraient modifier la loi pertinente sur les opérations garanties de l'État adoptant (y compris les recommandations du *Guide*).

69. Selon un autre avis, traiter des questions de droit dans les projets de recommandations posait une question fondamentale quant à la nature et à l'objet de l'instrument en préparation. Il a été dit que, si le texte devait prendre la forme d'un guide assorti d'un commentaire et de recommandations, il n'y avait pas besoin de traiter des questions de droit dans les recommandations. On a aussi fait observer que, si le texte en préparation devait prendre la forme de règles sur le registre, il pourrait traiter des questions de droit, puisqu'il devrait être exhaustif. À cet égard, le Groupe de travail a rappelé sa décision selon laquelle le texte en préparation prendrait la forme d'un guide assorti d'un commentaire et de recommandations et probablement d'exemples de règles types concernant certaines questions pour lesquelles les projets de recommandations incluraient des options (voir par. 18 ci-dessus). Il a été noté que la forme du texte en préparation n'empêchait pas d'inclure des recommandations traitant des questions de droit et fournissant des orientations exhaustives au public visé.

70. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu que l'article 12 devrait être conservé. S'agissant de sa formulation, il a notamment été suggéré d'y inclure un passage disant en substance: "Si la loi est muette sur ce point, le règlement devrait prévoir que...". Le lecteur serait alors informé que la question traitée à l'article 12 était une question de droit, qui ne devait pas être traitée dans le règlement si elle l'était déjà dans la loi. Cette suggestion a suscité une objection. Il a été dit qu'une telle approche pourrait avoir comme effet non souhaitable de porter à conclure d'une part qu'un État ne devait pas traiter une question à la fois dans la loi et dans le règlement ou un autre texte, et d'autre part qu'un État pourrait ne pas devoir appliquer les recommandations du *Guide* relatives à l'inscription, ce qui irait à l'encontre du *Guide*.

71. Il a également été suggéré de fusionner les articles 12 et 13. Cette suggestion a également suscité une objection. Il a été largement estimé que ces deux articles ne pouvaient pas être fusionnés car ils traitaient de questions distinctes. Il a été dit en outre qu'à l'article 12, il faudrait éviter de faire référence à la "conclusion" d'une convention constitutive de sûreté, ce terme pouvant être interprété à tort comme signifiant que la convention avait expiré et que la sûreté était éteinte. À cet égard, le Groupe de travail a noté que la recommandation 67 parlait bien de "conclusion de la convention constitutive de sûreté".

72. Rappelant qu'il avait décidé de déplacer à l'article 8 les deux dernières phrases de l'article 12 (voir par. 47 ci-dessus), le Groupe de travail a approuvé l'article 12 quant au fond.

### 13. Article 13: Caractère suffisant d'un avis unique

73. Le Groupe de travail a approuvé l'article 13 quant au fond sans modification.

### 14. Article 14: Indexation des avis

74. Le Groupe de travail a dans son ensemble appuyé l'article 14 quant au fond. Rappelant sa décision concernant le paragraphe 2 de l'article 10 (voir par. 60 et 62 ci-dessus), il est convenu que le passage qui figurait entre crochets au paragraphe 1 (relatif à l'organisation des informations de manière à les retrouver) devrait être conservé sans les crochets et que le paragraphe 3 devrait être aligné sur le paragraphe 1. On a rappelé que, si les concepteurs de registres pouvaient créer un

index, les logiciels modernes possédaient des fonctions de recherche qui ne nécessitaient pas d'index.

75. En outre, conformément à sa décision concernant les biens porteurs de numéros de série (voir par. 20 i) ci-dessus, et par. 86 et 89 ci-dessous), le Groupe de travail est convenu que le paragraphe 2 devrait être supprimé et que les questions qui y étaient abordées devraient être traitées dans le commentaire. Par ailleurs, il a décidé que la possibilité d'indexer des avis de manière à pouvoir les retrouver en saisissant l'identifiant du créancier garanti dans le cadre d'une utilisation interne du registre (aux fins de modifications globales; voir art. 27) devrait être traitée dans le commentaire.

76. Sous réserve des modifications mentionnées ci-dessus, le Groupe de travail a approuvé l'article 14 quant au fond.

### 15. Article 15: Modification, ajout, suppression, retrait ou correction d'informations dans le fichier du registre

77. Un certain nombre de problèmes ont été soulevés à propos de l'article 15. Un premier problème était que le paragraphe 1 semblait traiter une question différente de celle abordée dans les paragraphes 2 à 5 et, partant, que les premiers mots "Sous réserve des paragraphes 2 à 5" n'étaient pas appropriés et devraient être supprimés ou remplacés par des termes tels que "sous réserve des dispositions prévues". Un autre problème soulevé était que le paragraphe 1 mentionnait le fichier du registre collectif tandis que les paragraphes 2 à 5 faisaient référence aux informations d'un avis spécifique; le paragraphe 1 devrait donc être aligné à cet égard sur les paragraphes 2 à 5. Un autre problème encore était que le paragraphe 3 n'était pas compatible avec la recommandation 74 et devrait être aligné sur cette recommandation qui prévoyait que tant les informations figurant dans l'avis que celles faisant état de l'expiration, de la radiation ou de la modification devaient être archivées. Posait aussi problème le fait que le paragraphe 3 semblait empêcher inutilement les registres de conserver des informations dans leurs archives au-delà de 20 ans et devrait donc être révisé de manière à ce que les informations puissent être conservées 20 ans au minimum. Par ailleurs, le paragraphe 4 était incompatible avec la recommandation 74 car il prévoyait que des informations pouvaient être supprimées du registre accessible au public uniquement à l'expiration de la durée de l'inscription et non également en cas de radiation; il devrait donc être davantage aligné sur la recommandation 74. S'agissant du paragraphe 5, on a craint qu'il traite des corrections faites par le registre qui pourraient affecter la priorité des droits des réclamants concurrents en l'absence de recommandations du *Guide* qui traiteraient la question de la priorité. On a également exprimé la crainte que la référence faite au support papier puisse laisser penser que le paragraphe 5 s'appliquait à des avis transmis par exemple par fax. Il a donc été proposé de supprimer le paragraphe 5 du projet de recommandations et de traiter cette question dans le commentaire. Ces propositions ont été appuyées.

78. Après discussion, il a été convenu que le paragraphe 1 devrait être libellé sous la forme d'un projet de recommandation distinct énonçant la règle générale selon laquelle le registre ne pourrait pas modifier le fichier du registre, sous réserve des dispositions des règlements. Il a également été convenu que les paragraphes 2 à 4, dûment révisés comme indiqué ci-dessus, devraient être libellés sous la forme de projets de recommandations distincts établissant les exceptions à la règle générale

susmentionnée. S'agissant du paragraphe 5, il a été convenu que la question devrait être traitée dans le commentaire, indiquant ainsi que les États devraient prévoir des règles relatives aux conséquences juridiques des corrections des erreurs faites par le registre lorsqu'il saisissait des informations dans le fichier (d'une manière générale, sans référence au support papier). Outre les modifications susmentionnées, le Groupe de travail est convenu que l'intitulé de l'article 15 devrait être révisé de manière à correspondre à son contenu. Sous réserve de ces modifications, il a approuvé l'article 15 quant au fond.

### 16. Article 16: Responsabilité concernant les informations figurant dans un avis

79. Un certain nombre de préoccupations ont été exprimées au sujet de l'article 16. L'une d'elles était que le paragraphe 1 créait inutilement une obligation pour la personne procédant à l'inscription. Selon une autre, le paragraphe 2 risquait de faire double emploi avec les articles 7 et 8. Ainsi a-t-il été largement estimé que l'article 16 devrait se limiter à énoncer le principe selon lequel il n'incombait pas au registre de s'assurer que les informations contenues dans l'avis étaient exactes et complètes. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé l'article 16 quant au fond.

### 17. Article 17: Informations devant figurer dans un avis

80. Un soutien a été exprimé en faveur de l'article 17 quant au fond. Il a été largement estimé que cet article portait sur une question importante et qu'il devait être maintenu dans le projet de recommandations. Toutefois, un certain nombre de propositions ont été formulées à propos de son libellé. Selon une de ces propositions, le chapeau du paragraphe 1 devait faire référence à l'avis initial, étant donné que l'article 26 traitait des avis de modification et l'article 28 des avis de radiation. Selon une autre proposition, les alinéas a) et b) du paragraphe 1 devaient faire référence à l'adresse physique (nom de rue, boîte postale ou équivalent) et à l'adresse électronique du constituant et du créancier garanti ou de son représentant. Selon une autre proposition encore, l'alinéa d) du paragraphe 1 devait être placé entre crochets et la note de bas de page correspondante devait être étoffée pour préciser que cet alinéa ne s'appliquerait que si l'État adoptant sélectionnait dans l'article 11 l'option B ou l'option C autorisant la personne procédant à l'inscription à choisir la durée de cette dernière.

81. Il a également été proposé que l'identifiant et l'adresse de la personne procédant à l'inscription soient ajoutés aux informations à fournir dans l'avis. Il a été dit qu'une telle approche faciliterait le processus d'inscription lorsque celle-ci était effectuée par un tiers autre que le créancier garanti ou son représentant (tel qu'un cabinet d'avocats ou un autre prestataire de services). Cette proposition a suscité des objections. Il a été largement estimé que, si le registre pouvait demander l'identité et l'adresse d'un tiers procédant à l'inscription, cette information ne devait pas faire partie des informations exigées pour que l'inscription de l'avis prenne effet. Il a également été indiqué qu'une telle approche ne semblait pas compatible avec la recommandation 57 qui énonçait toutes les informations requises pour que l'avis prenne effet ("seuls les éléments suivants doivent figurer sur l'avis").

82. S'agissant du paragraphe 2, il a été proposé de faire référence: a) à "une langue" (plutôt qu'à "la langue") pour tenir compte du cas où la loi préciserait plus d'une langue; et b) à l'utilisation d'un ensemble de caractères déterminé et porté à

la connaissance du public par le registre. Selon une autre proposition, toutefois, les paragraphes 3 et 4 devaient se limiter à énoncer le principe selon lequel, lorsqu'il y aurait plus d'un constituant ou d'un créancier garanti, les informations requises devraient être communiquées dans l'avis séparément pour chaque constituant ou créancier garanti. Il a aussi été proposé que la seconde phrase du paragraphe 4 fasse l'objet d'un paragraphe distinct, car elle traitait d'une question différente de la question de l'identification de plus d'un créancier garanti qui était abordée dans le paragraphe 4. Toutes ces propositions ont été appuyées.

83. Il a par ailleurs été proposé que le paragraphe 5 soit supprimé. Il a été dit que l'objectif de ce paragraphe était différent de celui des autres paragraphes de l'article 17 en ce sens qu'il avait trait aux conséquences juridiques d'un changement de l'identifiant du constituant ou du créancier garanti, question qui était abordée dans la recommandation 61. Des doutes ont été exprimés au sujet de la justesse de cette interprétation et l'on s'est demandé si la recommandation 61 s'appliquait vraiment à un tel changement de l'identifiant du constituant (en fait ladite recommandation n'abordait pas la question du changement de l'identifiant du créancier garanti). Le Groupe de travail a néanmoins décidé de supprimer le paragraphe 5.

84. Sous réserve des modifications susmentionnées, le Groupe de travail a approuvé l'article 17 quant au fond.

### 18. Article 22: Description des biens grevés

85. L'article 22 a été appuyé quant au fond mais il a été suggéré de supprimer la référence au produit. Il a été dit qu'une telle référence pourrait involontairement porter à croire que la sûreté sur un bien grevé ne se prolongeait pas automatiquement sur son produit, ce qui irait à l'encontre de la recommandation 19. Cette suggestion a été appuyée mais on a appelé à la prudence. On a expliqué que conformément à la recommandation 40, pour certains types de produits, il fallait mentionner ces produits dans l'avis pour que la sûreté sur ces produits continue d'être opposable aux tiers. Sous réserve de cette modification, le Groupe de travail a approuvé l'article 22 quant au fond.

### 19. Article 23: Description de biens grevés porteurs d'un numéro de série

86. Conformément à la décision du Groupe de travail selon laquelle les questions relatives aux biens porteurs de numéros de série devraient être examinées uniquement dans le commentaire (voir par. 20 i) et 75 ci-dessus, ainsi que par. 89 ci-dessous), le Groupe de travail a décidé que l'article 23 devait être ôté des projets de recommandations et traité dans le commentaire.

### 20. Article 24: Description de biens grevés attachés à un bien immeuble

87. Il a été largement estimé que l'article 24 était superflu et devait être supprimé. Il a été dit que son intitulé faisait référence à la description de biens grevés attachés à un bien immeuble et que son contenu renvoyait à la question de savoir où un avis concernant une sûreté sur un bien attaché pourrait être inscrit. En outre, on a fait observer que le premier sujet était déjà traité à l'article 22 alors que le second relevait du droit des opérations garanties ou du droit immobilier. De plus, on a souligné qu'il serait peut-être utile d'examiner ces questions dans le commentaire.

À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé que l'article 24 devrait être supprimé et que les questions qu'il traitait devraient être examinées dans le commentaire.

### 21. Article 25: Informations incorrectes ou insuffisantes

88. L'article 25 a été appuyé quant au fond mais plusieurs suggestions ont été faites quant à son libellé. L'une d'elles était d'aligner la formulation du paragraphe 1 sur celle des recommandations du *Guide* qui renvoyait à l'efficacité de l'avis plutôt qu'à celle de l'inscription. Il a été noté que les recommandations du *Guide* se référaient à "l'efficacité de l'inscription d'un avis" (voir par exemple la recommandation 70).

89. Il a également été suggéré, conformément à la décision du Groupe de travail selon laquelle les questions relatives aux biens porteurs de numéros de série devraient être examinées uniquement dans le commentaire (voir par. 20 i), 75 et 86 ci-dessus), de supprimer le paragraphe 2 et d'examiner les questions qu'il contenait dans le commentaire. Enfin, il a été suggéré d'aligner plus étroitement le paragraphe 3 sur la recommandation 64, qui ne portait que sur l'identifiant du créancier garanti ou de son représentant et envisageait la possibilité qu'une erreur dans l'identifiant induise gravement en erreur une personne effectuant une recherche (mais non que cette personne ait effectivement été induite en erreur). Ces suggestions ont été appuyées. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé l'article 25 quant au fond.

### 22. Article 26: Modification de l'avis inscrit

90. Pour ce qui est de l'article 26, le Groupe de travail est convenu de ce qui suit:

a) L'article devrait préciser que seuls le créancier garanti ou son représentant (s'il apparaît dans le champ de l'avis destiné au créancier garanti; voir recommandation 73) sont en droit de modifier l'avis, et renvoyer la question des tiers fournisseurs de services au droit de la représentation;

b) Au paragraphe 1 a), il faudrait faire référence au numéro d'inscription de l'avis initial (voir par. 20 g), 60, 61, 65 et 80 ci-dessus);

c) Il faudrait supprimer le paragraphe 1 b) car l'objet ou la nature exacts de la modification ressortiraient clairement de l'avis de modification et il n'était pas nécessaire de les répéter;

d) Au paragraphe 1 d), il faudrait supprimer la référence à la suppression d'informations car si des informations étaient supprimées il n'y aurait pas de nouvelles informations;

e) Il faudrait supprimer le paragraphe 1 e) car, sur le plan pratique, seule une personne autorisée pourrait avoir accès à l'avis initial et le registre ne pourrait pas vérifier en ligne l'autorisation de la personne modifiant un avis existant;

f) Il faudrait conserver le paragraphe 2 et donner des précisions dans le commentaire (voir recommandation 62 et commentaire correspondant);

g) Il faudrait conserver le paragraphe 3 et préciser dans le commentaire qu'il ne devrait pas être nécessaire d'inscrire un avis de modification visant à signaler un accord de cession de rang;

h) Il faudrait conserver le paragraphe 4 et préciser dans le commentaire que, conformément à la recommandation 75, un avis de modification pouvait être inscrit pour indiquer le nom du nouveau créancier garanti, mais l'absence d'un tel avis ne priverait pas d'effet l'avis existant;

i) Il faudrait supprimer le paragraphe 5, car si toutes les informations étaient supprimées sans être remplacées par d'autres informations, l'avis serait incomplet en vertu de l'article 9 et serait par conséquent rejeté par le registre;

j) Au paragraphe 6, il faudrait revoir l'emploi des mots "Sous réserve de" et supprimer la seconde phrase, étant donné que seul un avis de renouvellement pouvait prolonger la durée d'effet de l'inscription; et

k) Il faudrait conserver le paragraphe 7.

91. Sous réserve des modifications susmentionnées, le Groupe de travail a adopté l'article 26 quant au fond.

# V. Travaux futurs

92. Le Groupe de travail est convenu que le projet de guide sur le registre était certes un texte important dont les États avaient besoin d'urgence, mais qu'il était prématuré de décider, à la session en cours, d'en soumettre tout ou partie à la Commission afin qu'elle l'approuve à sa session de 2012. Il a été largement estimé que le Groupe de travail devrait pouvoir examiner la question de ses travaux futurs à sa session suivante, lorsqu'il aurait une meilleure vue d'ensemble du contenu du projet de guide sur le registre.

## B. Note du Secrétariat concernant le projet de guide sur le registre des sûretés réelles mobilières, soumise au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa vingtième session (A/CN.9/WG.VI/WP.48 et Add.1 à 3)

## [Original: anglais]

### TABLE DES MATIÈRES


| | | *Paragraphes* |
|---|---|---|
| I. | Introduction | 1-12 |
| | A. Informations générales | 1-5 |
| | B. Sources | 6-8 |
| | C. Principes directeurs | 9 |
| | D. Lecteurs visés | 10-12 |
| II. | Opérations garanties et registre des sûretés | 13-57 |
| | A. Objet d'un registre des sûretés réelles mobilières | 13-14 |
| | B. Fonction d'une sûreté réelle mobilière | 15-16 |
| | C. Utilisation d'un registre pour parer aux risques découlant des sûretés réelles mobilières sans dépossession | 17-21 |
| | D. Exceptions aux règles d'opposabilité et de priorité fondées sur l'inscription | 22-33 |
| | 1. Sûretés réelles mobilières avec dépossession | 22 |
| | 2. Financement d'acquisitions | 23-24 |
| | 3. Opérations effectuées dans le cours normal des affaires | 25-27 |
| | 4. Espèces, instruments négociables et documents négociables | 28 |
| | 5. Comptes bancaires et titres | 29 |
| | 6. Biens soumis à inscription sur un registre spécialisé | 30-32 |
| | 7. Autres exceptions | 33 |
| | E. Portée opérationnelle du registre | 34-40 |
| | 1. Approche générale: primauté du fond sur la forme | 34 |
| | 2. Financement d'acquisitions – mécanismes de sûreté fondés sur la réserve de propriété | 35 |
| | 3. Cessions pures et simples de créances | 36-37 |
| | 4. Baux véritables et dépôts-ventes | 38 |
| | 5. Créances privilégiées | 39 |
| | 6. Droits des créanciers judiciaires | 40 |
| | F. Portée territoriale du registre | 41-43 |
| | G. Conséquences juridiques de l'inscription | 44-51 |

1. Inscription non constitutive de sûreté . . . . . 44
2. Réalisation . . . . . 45
3. Défaut d'inscription et opposabilité . . . . . 46
4. Insolvabilité . . . . . 47-51
H. Coordination entre le registre général des sûretés et les registres spécialisés de biens meubles . . . . . 52-54
I. Coordination entre le registre des sûretés et les registres immobiliers . . . . . 55-57
III. Principales caractéristiques d'un registre des sûretés efficace . . . . . 58-67
A. Introduction . . . . . 58
B. État de l'existence potentielle de sûretés . . . . . 59-60
C. Inscription d'avis . . . . . 61-64
D. Indexation par référence au constituant . . . . . 65-67

## Préface

À sa quarante-deuxième session (Vienne, 29 juin-17 juillet 2009), la Commission a noté avec intérêt les thèmes de travaux futurs examinés par le Groupe de travail VI à ses quatorzième et quinzième sessions (A/CN.9/667, par. 141 et A/CN.9/670, par. 123 à 126). À cette session, elle est convenue que le Secrétariat pourrait organiser au début de 2010 un colloque international pour recueillir les vues et les conseils d'experts au sujet des travaux qui pourraient être menés dans le domaine des sûretés[1]. Conformément à cette décision[2], le Secrétariat a organisé un colloque international sur les opérations garanties (Vienne, 1er-3 mars 2010). Plusieurs thèmes y ont été examinés, notamment l'inscription des sûretés réelles mobilières, les sûretés réelles mobilières sur les titres non intermédiés, une loi type sur les opérations garanties, un guide contractuel sur les opérations garanties, l'octroi de licences de propriété intellectuelle et l'application des textes de la CNUDCI sur les opérations garanties. Ont participé à ce colloque des experts représentant des États, des organisations internationales et le secteur privé[3].

À sa quarante-troisième session (New York, 21 juin-9 juillet 2010), la Commission a examiné une note du Secrétariat sur les travaux futurs possibles dans le domaine des sûretés (A/CN.9/702 et Add.1). Cette note passait en revue tous les thèmes abordés lors du colloque. La Commission est convenue que toutes les questions présentaient un intérêt et devraient être inscrites à son programme de travaux futurs afin qu'elle puisse les examiner lors d'une future session à partir de notes que le Secrétariat serait chargé d'établir dans les limites des ressources

---

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

2 Ibid.

3 Les actes du colloque peuvent être consultés à l'adresse www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia/3rdint.html.

existantes. Cependant, compte tenu des ressources limitées dont elle disposait, elle est convenue que la priorité devrait être accordée à la question de l'inscription des sûretés réelles mobilières[4].

À cet égard, il a été largement estimé qu'un texte sur l'inscription des sûretés réelles mobilières compléterait utilement les travaux de la Commission sur les opérations garanties et donnerait aux États les orientations dont ils avaient besoin d'urgence pour l'établissement et l'exploitation d'un registre des sûretés. Il a été dit que la réforme du droit des opérations garanties ne pourrait être menée à bien sans la mise en place d'un registre des sûretés réelles mobilières qui soit efficace et accessible au public. Il a également été souligné que le *Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties* (le "*Guide*") ne traitait pas de façon suffisamment détaillée les diverses questions juridiques, administratives, infrastructurelles et fonctionnelles qui devaient être réglées pour mettre en place un tel registre avec succès[5].

La Commission est également convenue que, si l'on pouvait confier au Groupe de travail le soin de déterminer exactement la forme et la structure du texte, celui-ci pourrait: a) comprendre des principes, des lignes directrices, un commentaire, des recommandations et un règlement type; et b) se fonder sur le *Guide*, sur des textes établis par d'autres organisations et sur les régimes juridiques nationaux qui avaient mis en place des registres des sûretés similaires à celui recommandé dans le *Guide*. À l'issue de la discussion, la Commission a décidé que le Groupe de travail serait chargé d'élaborer un texte sur l'inscription des sûretés réelles mobilières[6].

À sa dix-huitième session (Vienne, 5-10 novembre 2010), le Groupe de travail a examiné une note du Secrétariat intitulée "Inscription des sûretés réelles mobilières" (A/CN.9/WG.VI/WP.44 et Add.1 et 2). Dès le début, il s'est déclaré largement favorable à un texte sur l'inscription des sûretés réelles mobilières et a noté que l'expérience montrait clairement qu'une loi sur les opérations garanties ne pouvait atteindre ses objectifs que si elle était complétée par un système d'inscription efficace (A/CN.9/714, par. 12). Pour ce qui est de la forme et de la structure précises du texte à élaborer, le Groupe de travail a adopté l'hypothèse de travail selon laquelle ce texte serait un guide sur la mise en place et le fonctionnement d'un registre des sûretés réelles mobilières qui pourrait comprendre des principes, des lignes directrices, un commentaire et éventuellement un règlement type. Il est aussi convenu que le texte du guide proposé devrait être conforme au type de régime juridique envisagé dans le *Guide* pour les opérations garanties et prendre en compte les différentes approches adoptées par les systèmes modernes d'inscription nationaux comme internationaux. Il a aussi été observé que, conformément au *Guide* (voir recommandation 54, al. j)), le guide proposé devrait tenir compte de la nécessité de disposer d'un système hybride où les parties pourraient choisir d'effectuer leurs inscriptions et leurs recherches sous forme électronique ou sur papier (A/CN.9/714, par. 13). Il a été demandé au Secrétariat d'élaborer un projet de texte pour le guide proposé à partir des discussions et des conclusions du Groupe de travail (A/CN.9/714, par. 11).

---

4 Ibid., *soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), par. 264 et 273.

5 Ibid., par. 265.

6 Ibid., par. 266 et 267.

À sa dix-neuvième session (New York, 11-15 avril 2011), le Groupe de travail a examiné des notes du Secrétariat intitulées “Projet de guide sur le registre des sûretés réelles mobilières (A/CN.9/WG.VI/WP.46 et Add.1 et 2) et “Projet de règlement type” (A/CN.9/WG.VI/WP.46/Add.3). Le Groupe de travail a tout d’abord examiné la forme et la teneur du texte à élaborer. Selon un avis, il fallait élaborer un guide autonome comprenant une partie informative présentant la loi sur les opérations garanties recommandée dans le *Guide*, et une partie pratique qui se composerait d’un règlement type sur l’inscription accompagné d’un commentaire (voir A/CN.9/719, par. 13). Selon un autre avis, le texte devait insister davantage sur le règlement type et son commentaire, qui fournirait aux États ayant adopté la loi sur les opérations garanties recommandée dans le *Guide* des conseils pratiques sur les questions à traiter lors de l’établissement et de l’exploitation d’un registre général des sûretés (A/CN.9/719, par. 14). À cette session, différents points de vue ont également été exprimés quant à savoir si le règlement devrait prendre la forme d’un règlement type ou de recommandations (A/CN.9/719, par. 46). Le Groupe de travail a prié le Secrétariat de préparer une version révisée tenant compte de ses délibérations et décisions (voir A/CN.9/714, par. 12).

À sa quarante-quatrième session (Vienne, 27 juin-8 juillet 2011), la Commission a examiné les rapports du Groupe de travail sur les travaux de ses dix-huitième et dix-neuvième sessions (A/CN.9/714 et A/CN.9/719, respectivement). À cette session, l’utilité des travaux entrepris par le Groupe de travail VI a été soulignée, compte tenu en particulier des efforts que faisaient plusieurs États pour mettre en place un registre général des sûretés réelles mobilières et de l’impact bénéfique majeur que l’exploitation d’un tel registre avait sur l’offre de crédit et le coût du crédit. S’agissant de la forme et de la teneur du texte à élaborer, il a été indiqué que, conformément à l’approche retenue pour le *Guide*, le texte devrait prendre la forme d’un guide accompagné d’un commentaire et de recommandations, et non d’un règlement type accompagné d’un commentaire. À cet égard, on a fait observer que la nouvelle version du texte que le Groupe de travail devait examiner serait formulée de manière à laisser la question ouverte en attendant que celui-ci se prononce sur ce point. À l’issue de la discussion, la Commission est convenue que si on laissait de côté la décision sur la forme et la teneur du texte à élaborer par le Groupe de travail, il n’était pas nécessaire de modifier le mandat de celui-ci et qu’en tout état de cause, elle trancherait définitivement la question lorsque le Groupe de travail aurait achevé ses travaux et lui aurait soumis le texte[7].

Prenant note des importants progrès accomplis par le Groupe de travail dans sa tâche et de l’urgente nécessité de donner des orientations à plusieurs États, la Commission a prié le Groupe de travail de progresser rapidement dans ses travaux et d’essayer de les achever si possible en temps voulu pour que le texte en préparation lui soit soumis à sa quarante-cinquième session, en 2012, et qu’elle puisse l’approuver et l’adopter définitivement[8]. Le texte ci-dessous en constitue la seconde version.

[*Note à l’intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail ayant décidé à sa dix-huitième session que la loi recommandée dans le* Guide *servirait de base au*

---

[7] Ibid., *soixante-sixième session, Supplément n° 17* (A/66/17), par. 233.

[8] Ibid., par. 234.

Guide sur le registre des sûretés *(voir A/CN.9/714, par. 13), on peut considérer que ce texte complètera le* Guide. *Dans ce contexte, le Groupe de travail voudra peut-être examiner d'abord la question de savoir si le texte devrait prendre la forme d'un guide accompagné d'un commentaire et de recommandations, ou d'un règlement type accompagné d'un commentaire. Le Groupe de travail voudra peut-être considérer que l'une et l'autre forme pourraient être compatibles avec le* Guide*, pour autant que le texte soit formulé de manière suffisamment souple pour tenir compte des différentes manières dont le* Guide *peut être appliqué, et des différentes nécessités et capacités des divers États appliquant le* Guide *pour ce qui est de la mise en place d'un registre. En ce qui concerne l'intitulé du texte, s'il est vrai que l'emploi de l'expression "Supplément II" serait correcte en ce qu'elle soulignerait son lien avec le* Guide *et le* Supplément sur les sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles*, l'emploi du mot "guide" pourrait non seulement souligner son importance, en le mettant davantage en valeur, mais également se justifier, étant donné qu'il ne se limiterait pas aux sujets déjà traités dans le* Guide sur les opérations garanties *mais aborderait aussi des questions nouvelles (toujours dans le sens de la loi recommandée dans le* Guide*). Si le Groupe de travail décide d'employer le mot "guide" au lieu du mot "supplément", il voudra peut-être déterminer quel serait l'intitulé exact (par exemple* Guide sur le registre des sûretés réelles mobilières*,* Guide sur la mise en place d'un registre des sûretés réelles mobilières*, etc.). L'adoption d'une hypothèse de travail à ce stade faciliterait l'élaboration de la version finale en temps voulu pour qu'elle puisse être examinée par la Commission à sa quarante-cinquième session en 2012.*]

# I. Introduction

## A. Informations générales

1. Le *Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties* (le "*Guide*") traduit le fait que tous reconnaissent l'importance économique d'un cadre juridique moderne facilitant les opérations de financement garanties par des sûretés réelles mobilières. La mise en place d'un registre accessible au public permettant d'inscrire des informations sur l'existence potentielle de sûretés grevant des biens meubles constitue un élément essentiel de la loi recommandée dans le *Guide* et, d'une manière générale, des réformes entreprises dans ce domaine.

2. Le chapitre IV du *Guide* contient un commentaire et des recommandations concernant de nombreux aspects d'un registre des sûretés. Cependant, pour comprendre les règles et les effets juridiques de l'inscription, ainsi que la portée du registre, le lecteur devrait avoir une connaissance relativement approfondie du *Guide* dans son ensemble. C'est pourquoi le chapitre II du projet de guide sur le registre des sûretés réelles mobilières (le "projet de guide sur le registre") présente une brève synthèse de la fonction juridique d'un registre des sûretés à l'intention des États qui ont adopté ou souhaitent adopter la loi recommandée dans le *Guide*. Il vise à aider non seulement les non-juristes participant à la mise en place du registre, qui devront avoir un minimum de connaissance du contexte juridique du registre pour bien faire leur travail, mais aussi les clients du registre et d'autres personnes (voir par. 10 ci-dessous).

3. Un registre général des sûretés réelles mobilières présente des différences fondamentales avec les types de registres destinés à inscrire la propriété et les droits réels grevant la propriété de biens immeubles et de matériel de grande valeur, comme les navires, que de nombreux États connaissent très bien. Le chapitre III du projet de guide sur le registre explique donc les principales caractéristiques qui distinguent un registre général des sûretés réelles mobilières des autres types de registres et contribuent à son bon fonctionnement, notamment l'inscription d'avis aux fins d'établir l'opposabilité et l'indexation par référence au constituant.

4. Les règles applicables au processus d'inscription et de recherche ne sont généralement pas définies en détail dans le cadre législatif régissant les opérations garanties mais dans des règlements, des directives ministérielles et d'autres textes de niveau inférieur. Alors que le chapitre IV du *Guide* contient des recommandations sur les grands principes, le chapitre IV du projet de guide sur le registre (A/CN.9/WG.VI/WP.48/Add.1 et 2) donne des lignes directrices concrètes pour la présentation d'avis aux fins d'inscription et pour les recherches. Ces lignes directrices sont complétées par un projet de règlement type (voir A/CN.9/WG.VI/WP.48/Add.3).

5. Le chapitre IV du *Guide* ne traite pas, ou du moins pas dans tous les détails, la multitude de questions technologiques, administratives et opérationnelles que soulèvent l'élaboration et le fonctionnement d'un registre des sûretés efficace. Aussi le chapitre V du projet de guide sur le registre (voir A/CN.9/WG.VI/WP.48/Add.2) cherche-t-il à compléter le *Guide* en traitant ces questions pratiques de façon plus précise et plus développée.

## B. Sources

6. Il ressort de l'expérience des États ayant mis en place un registre général des sûretés tel que celui envisagé par le *Guide* que les progrès de l'informatique peuvent améliorer considérablement l'efficacité de son fonctionnement. En ce qui concerne notamment les aspects techniques de la conception et de l'exploitation des registres, le projet de guide sur le registre s'appuie donc sur ces précédents nationaux pour donner des indications aux États.

7. Le projet de guide sur le registre s'est également fondé sur d'autres sources internationales, dont les suivantes:

a) Publication de la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD) sur la publicité des sûretés: Directives relatives à l'établissement d'un registre d'inscription des sûretés réelles (*Guiding Principles for the Development of a Charges Registry*) (2004);

b) Publication de la BERD sur la publicité des sûretés: Définition de normes (*Setting Standards*) (2005);

c) Guide de la Banque asiatique de développement (BAD) sur les registres de biens meubles (*Guide to Movables Registries*) (2002);

d) Principes, définitions et règles modèles d'un droit privé européen, Projet de cadre commun de référence (*The Principles, Definitions and Model Rules of a European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*), volume 6, livre IX (sûretés réelles mobilières), chapitre 3 (Opposabilité), section 3 (Inscription), (2010), élaboré par le Groupe d'études sur un code civil européen et le Groupe de recherche sur le droit privé communautaire (Groupe Acquis communautaire);

e) Règlement-type de l'Organisation des États américains (OEA) concernant le registre créé en vertu de la Loi-type interaméricaine relative aux sûretés mobilières (octobre 2009);

f) Publication de la Société financière internationale (Banque mondiale) sur les régimes d'opérations garanties et les registres de sûretés (*Secured Transactions Systems and Collateral Registries*) (janvier 2010);

g) Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (Traité OHADA): faits nouveaux concernant la mise en place d'un registre régional des sûretés; et

h) Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (Le Cap, 2001) et ses Protocoles, instituant des registres internationaux (qui portent sur des biens et couvrent aussi d'autres opérations que les opérations garanties mais se fondent sur l'inscription d'avis pour établir l'opposabilité et la priorité).

8. Les sources nationales, régionales et internationales susmentionnées ne concordent pas toujours avec les recommandations du chapitre IV du *Guide* concernant l'inscription. Par conséquent, le projet de guide sur le registre expose les raisons pour lesquelles les approches recommandées dans le *Guide* ont été retenues par rapport à d'autres solutions possibles.

## C. Principes directeurs

9. Le projet de guide sur le registre est régi par les principes fondamentaux suivants:

a) Efficacité juridique: Les lignes directrices juridiques et opérationnelles régissant l'ensemble des services du registre, qui comprennent sans s'y limiter l'inscription et la recherche, doivent être simples, claires et sûres;

b) Efficacité opérationnelle: Tous les services du registre, y compris le processus d'inscription et de recherche, doivent être conçus pour être aussi rapides et économiques que possible afin de garantir la sécurité et la récupérabilité des informations saisies dans le fichier du registre; et

c) Traitement équilibré des intérêts de toutes les personnes concernées par le registre: Constituants potentiels, créanciers garantis ou chirographaires potentiels et réclamants concurrents éventuels sont tous susceptibles d'être concernés par la portée et le contenu des informations consignées dans un registre des sûretés et ont tous intérêt à ce que ces informations soient facilement accessibles; le cadre juridique et opérationnel du registre devrait donc être conçu de manière à ménager un juste équilibre entre les intérêts de toutes ces personnes.

## D. Lecteurs visés

10. Le projet de guide sur le registre s'adresse à tous ceux qui sont intéressés par la conception et la mise en place d'un registre des sûretés ou y participent activement, ainsi qu'à ceux qui pourraient être concernés par sa création. Il s'agit entre autres:

a) Des concepteurs du système de registre, notamment le personnel technique chargé d'établir les spécifications de conception et de répondre aux besoins du registre en matériel et en logiciels;

b) Des administrateurs et du personnel du registre;

c) Des clients du registre, fournisseurs de crédits, agences de notation du risque et représentants de l'insolvabilité, mais aussi de toute personne dont les droits peuvent être affectés par des opérations mettant en jeu des biens meubles susceptibles d'être grevés d'une sûreté;

d) De la communauté juridique (notamment les juges, arbitres et avocats); et

e) De toutes les parties concernées par la réforme du droit des opérations garanties et la fourniture d'assistance en la matière (notamment la Banque mondiale, la BERD, la BAD et la Banque interaméricaine de développement).

11. Ces lecteurs potentiels ne seront pas tous rompus aux subtilités du droit des opérations garanties, certains n'auront peut-être même pas reçu de formation juridique. Le projet de guide sur le registre est donc rédigé dans un style clair et facile à lire.

12. Comme le *Guide*, le projet de guide sur le registre a été rédigé de manière à permettre son utilisation par des États de différentes traditions juridiques. Il emploie

donc une terminologie générique neutre qui concorde avec celle du *Guide* et peut être facilement adaptée à la tradition et au style de rédaction juridiques de chaque État ainsi qu'aux conventions législatives locales concernant les types de règles qui doivent être incorporées dans la législation principale et celles qui peuvent l'être dans des règlements ou dans des directives ministérielles ou administratives de rang inférieur.

# II. Opérations garanties et registre des sûretés

## A. Objet d'un registre des sûretés réelles mobilières

13. Un registre général des sûretés tel que celui envisagé dans le *Guide* permet l'inscription des informations contenues dans des avis concernant des sûretés présentes ou futures potentielles afin: a) de rendre ces sûretés opposables; b) d'offrir un cadre de référence efficace pour les règles de priorité fondées sur la date d'inscription; et c) de constituer une source objective d'information pour les tiers ayant affaire à des biens du constituant (voir la section relative à l'objet des recommandations du chapitre IV du *Guide*). L'objet général d'un registre des sûretés est donc de recevoir, conserver et tenir à la disposition du public des informations relatives aux sûretés réelles mobilières.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: L'article pertinent du projet de règlement type est l'article 2.*]

14. Un registre général des sûretés n'est pas construit dans le vide mais fait partie intégrante du contexte juridique et économique global dans lequel s'inscrit le régime de financement garanti d'un État. Il se peut cependant que ceux qui prennent part à la conception et à la mise en place d'un registre des sûretés ainsi que les clients potentiels de ce registre ne soient pas rompus aux complexités des opérations garanties. On trouvera donc dans le présent chapitre une présentation générale des opérations garanties et des conséquences juridiques de l'inscription effectuée conformément à la loi recommandée dans le *Guide*.

## B. Fonction d'une sûreté réelle mobilière

15. Bien que la terminologie juridique puisse varier (par exemple "gage", "sûreté", "sûreté réelle" ou "hypothèque"), le principe fondamental des sûretés réelles mobilières est essentiellement le même partout. Une sûreté réelle mobilière est un droit réel (droit *in rem*, à distinguer du droit de propriété et des droits personnels) sur un bien meuble constitué par une convention en garantie du paiement ou d'une autre forme d'exécution d'une obligation (voir les termes "sûreté réelle mobilière" et "constituant" dans l'introduction du *Guide*, sect. B). Une sûreté réelle mobilière réduit le risque de perte découlant d'un défaut de paiement en autorisant le créancier garanti à faire valoir des droits sur la valeur des biens grevés comme autre moyen de se faire rembourser. Par exemple, si une entreprise ayant contracté un emprunt garanti par une sûreté prise sur son matériel ne rembourse pas cet emprunt, le créancier garanti aura le droit d'obtenir la possession de ce matériel, de le faire vendre et d'affecter le produit de la vente au remboursement du solde non acquitté. La caractéristique essentielle d'une sûreté réelle mobilière est qu'elle

permet généralement au créancier de revendiquer la valeur des biens grevés par préférence aux autres réclamants concurrents. Le risque de perte en cas de défaut de remboursement étant atténué, le constituant bénéficie d'un accès accru au crédit, souvent à des conditions plus favorables.

16. Les entreprises, en particulier petites et moyennes, ont généralement besoin d'un financement pour couvrir leurs dépenses de démarrage et d'expansion et acquérir ou produire le matériel, les stocks et les services avec lesquels elles espèrent réaliser des bénéfices. Le crédit est donc important pour financer le développement d'activités commerciales productives. Les consommateurs aussi peuvent avoir besoin d'accéder au crédit pour acquérir des biens tels que des appareils ménagers et des véhicules automobiles. Comme on l'a déjà indiqué, un créancier ne pouvant se fier qu'à une promesse de remboursement n'accordera probablement qu'un crédit d'un montant limité pour une courte durée, à un taux d'intérêt élevé, et uniquement si l'emprunteur est réputé solvable. Comme on l'a dit plus haut, une sûreté permet d'obtenir plus facilement un crédit à un coût moins élevé et pour une durée plus longue car elle offre au bailleur de fonds une protection supplémentaire contre le risque de défaut de paiement. De fait, un grand nombre de consommateurs et de petites et moyennes entreprises n'ont accès au crédit que s'ils sont en mesure de constituer des sûretés sur leurs biens (voir l'introduction du *Guide*, par. 1 à 11).

## C. Utilisation d'un registre pour parer aux risques découlant des sûretés réelles mobilières sans dépossession

17. Le gage classique avec dépossession est une forme de sûreté reconnue depuis longtemps par les systèmes juridiques (voir chap. I du *Guide*, par. 51 à 59). L'obligation pour le constituant de remettre la possession physique du bien grevé au créancier garanti donne à ce dernier l'assurance que le constituant n'a pas déjà grevé le bien en faveur d'un autre créancier et lui permet de se protéger contre l'endommagement ou la dépréciation du bien. La dépossession du débiteur permet également d'avertir les acheteurs potentiels et d'autres réclamants concurrents que le constituant peut ne plus détenir un droit de propriété non grevé sur le bien.

18. Cependant, les gages avec dépossession ne sont possibles que si le bien peut faire l'objet d'une possession physique, ce qui exclut de nombreux types de biens meubles, notamment les biens futurs (c'est-à-dire les biens acquis par le constituant ou produits après la constitution d'une sûreté; voir chap. I du *Guide*, par. 8), ainsi que les biens meubles incorporels, tels que les créances ou les droits de propriété intellectuelle. La remise de la possession peut aller à l'encontre de l'objectif du financement. Une entreprise a besoin de rester en possession de son matériel, de ses stocks et d'autres biens commerciaux pour générer des revenus qui lui permettront de satisfaire l'obligation garantie. De même, différer la remise de biens corporels dont l'achat a été financé par un crédit garanti priverait les consommateurs et les entreprises de l'utilisation et de la jouissance immédiates de ces biens. Même si la remise de possession est possible, le créancier garanti peut ne pas pouvoir ou ne pas vouloir entreposer, entretenir et assurer des biens volumineux (les avantages et les inconvénients des gages avec dépossession sont examinés aux paragraphes 51 à 59 du chapitre I du *Guide*).

19. Étant donné les limites des sûretés réelles mobilières avec dépossession, les lois modernes sur les opérations garanties permettent généralement de constituer une sûreté sans qu'il soit nécessaire de remettre la possession physique du bien grevé au créancier garanti. Un régime juridique reconnaissant les sûretés réelles mobilières sans dépossession accroît l'accès au crédit en élargissant l'éventail des biens qu'une entreprise peut affecter en garantie. Une entreprise peut grever ses biens meubles incorporels en plus de ses biens corporels ainsi que ses biens futurs (en particulier ses créances et ses stocks) en plus de ses biens actuels. C'est l'approche qui est recommandée dans le *Guide* (voir recommandations 2 et 17; en ce qui concerne la constitution de sûretés sur l'ensemble des biens d'un constituant, voir le *Guide*, chap. II, par. 61 à 70). Les sûretés sans dépossession facilitent également l'accès des consommateurs au crédit car elles leur permettent de prendre immédiatement possession de biens financés par un crédit.

20. Cependant, la reconnaissance des sûretés réelles mobilières sans dépossession pose des problèmes d'information des tiers. Il est important pour les acheteurs ou créanciers garantis potentiels de pouvoir déterminer si les biens en possession d'une personne sont grevés. Il est tout aussi important pour les créanciers chirographaires et le représentant de l'insolvabilité du constituant de pouvoir déterminer quels biens du constituant sont déjà grevés et ne pourraient donc être utilisés pour les désintéresser. Face à ces difficultés d'information, les systèmes juridiques peuvent être réticents à autoriser le titulaire d'une sûreté réelle mobilière sans dépossession à faire valoir celle-ci à l'encontre de réclamants concurrents qui acquièrent un droit sur le bien grevé sans savoir qu'il existe une sûreté antérieure. D'autre part, la valeur d'une sûreté pour un créancier est réduite voire anéantie dans la mesure où des règles protégeant les tiers leur permettent d'acquérir sur les biens grevés des droits libres de toute sûreté antérieure.

21. Un registre des sûretés résout ce problème d'"information" en protégeant à la fois les droits des créanciers garantis et ceux des tiers (en donnant des informations concernant la sûreté et en permettant aux tiers d'obtenir plus d'informations du créancier garanti avec l'accord du constituant). Pour résoudre ce problème d'"information", la loi recommandée dans le *Guide* intègre trois règles de base. Premièrement, l'inscription est un mécanisme général permettant d'assurer l'opposabilité d'une sûreté sans dépossession (voir recommandations 29 et 32). Deuxièmement, en cas de défaillance du constituant, le titulaire d'une sûreté devenue opposable doit avoir le droit, vis-à-vis des réclamants concurrents, de réaliser sa sûreté et d'affecter la valeur du bien grevé au paiement de la fraction non acquittée de l'obligation garantie (voir le terme "priorité" dans l'introduction du *Guide*, sect. B, et les recommandations 142 et 152). Troisièmement, la priorité entre des sûretés sur le même bien rendues opposables par voie d'inscription doit être généralement déterminée par l'ordre d'inscription (voir recommandation 76, al. a)). Même si ces recommandations constituent les règles de base, une loi moderne sur les opérations garanties telle que celle recommandée dans le *Guide* prévoira inévitablement des exceptions pour favoriser d'autres pratiques commerciales et objectifs de politique générale. La section suivante en offre des exemples types.

## D. Exceptions aux règles d'opposabilité et de priorité fondées sur l'inscription

### 1. Sûretés réelles mobilières avec dépossession

22. Bien que la plupart des opérations garanties concernent des sûretés réelles mobilières sans dépossession, le gage avec dépossession est encore souvent utilisé pour certains types de biens, tels que les instruments négociables et les documents négociables. Même les États ayant mis en place un système de registre permettent presque toujours de rendre une sûreté sur des biens pouvant faire l'objet d'une possession physique opposable par transfert de la possession effective en lieu et place de l'inscription (il ne s'agit pas là de possession non effective qualifiée de virtuelle, fictive, supposée ou symbolique; voir le terme "possession" dans l'introduction du *Guide*, sect. B). Le *Guide* recommande cette approche (voir recommandation 37). On considère que la dépossession du constituant est un moyen pratique suffisant de faire savoir aux tiers qu'il est probable que le droit de propriété du constituant soit grevé. Cependant, le simple fait que les biens soient en possession du créancier garanti n'empêche pas le constituant de créer sur le même bien d'autres sûretés pouvant être rendues opposables par inscription. Dans le cas où une sûreté avec dépossession entre en concurrence avec une sûreté sans dépossession rendue opposable par inscription, la priorité est habituellement établie en fonction de l'ordre respectif d'inscription ou de transfert de la possession (voir recommandation 76, al. c)). Cependant, pour certains types de biens, comme les instruments ou les documents négociables, une sûreté rendue opposable par transfert de possession a priorité même sur une sûreté préalablement inscrite (voir recommandations 101 et 109).

### 2. Financement d'acquisitions

23. Une sûreté peut aussi être constituée pour accorder un crédit destiné à financer l'acquisition de biens meubles corporels par le constituant. Par exemple, un vendeur peut conserver la propriété de biens vendus à crédit afin de garantir le paiement du prix d'achat (la question du financement des acquisitions est traitée dans le chapitre IX du *Guide*; voir également par. 34 et 35 ci-dessous). Les lois modernes sur les opérations garanties donnent généralement la priorité à la sûreté dont l'avis a été inscrit en premier lieu (voir recommandation 76). La règle du "premier inscrit" signifie qu'une sûreté grevant les biens d'une entreprise (y compris les biens futurs, c'est-à-dire ceux acquis ou créés après la constitution de la sûreté), rendue opposable par inscription, aura la priorité sur des sûretés grevant les mêmes biens (c'est-à-dire les biens entrant dans la description des biens grevés figurant dans le premier avis inscrit) rendus opposables par une inscription ultérieure. Cette règle est généralement raisonnable car un créancier garanti ultérieur aurait pu et dû se protéger en consultant le registre avant d'accorder un crédit.

24. Cependant, les lois modernes sur les opérations garanties reconnaissent souvent que cette règle de priorité devrait admettre une exception lorsque le créancier garanti ultérieur finance l'acquisition de biens meubles corporels par le constituant (par exemple, des biens de consommation, du matériel ou des stocks) ou de propriétés intellectuelles. Étant donné que le constituant n'aurait pu acquérir ces nouveaux biens sans ce nouveau financement, on considère qu'il est juste que le créancier garanti inscrit ultérieurement finançant l'acquisition ait priorité sur le

créancier inscrit antérieurement en ce qui concerne la valeur de ces biens. Donner la priorité aux sûretés liées à l'acquisition (y compris les droits de réserve de propriété et les droits de crédit-bail, dans l'approche unitaire du financement d'acquisitions; voir le terme "sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition" dans l'introduction du *Guide*, sect. B) est aussi dans l'intérêt du constituant, qui a ainsi accès à des sources diversifiées de crédit garanti pour financer de nouvelles acquisitions (voir le *Guide*, chap. IX). Les sûretés liées à l'acquisition bénéficient également aux créanciers garantis, dont la sûreté s'étend automatiquement au bien nouvellement acquis. Bien que venant après la sûreté liée à l'acquisition, une sûreté non liée à l'acquisition, s'étendrait aux biens nouvellement acquis sans que le créancier garanti doive fournir une nouvelle valeur. Afin de préserver son rang de priorité spécial, le créancier garanti finançant l'acquisition est généralement tenu d'inscrire un avis rapidement après la remise du bien au constituant et peut aussi être tenu d'aviser le créancier garanti antérieurement inscrit lorsque les biens sont des stocks entre les mains du constituant; les sûretés grevant des biens de consommation en garantie du paiement de leur acquisition peuvent cependant bénéficier d'une exception à l'obligation d'inscription. Le *Guide* recommande cette approche (voir recommandation 180), et la recommande aussi pour les systèmes qui soumettent le financement d'acquisitions sous la forme de droits de réserve de propriété et de droits de crédit-bail à un traitement différent de celui des sûretés réelles mobilières (voir par. 34 et 35 ci-après).

### 3. Opérations effectuées dans le cours normal des affaires

25. Dans les États n'ayant pas de registre général des sûretés, la loi prévoit souvent qu'un tiers acquérant un bien grevé sans savoir où être supposé savoir qu'il est grevé prend ce bien libre de la sûreté. Cette approche dispense l'acheteur potentiel de consulter le registre pour déterminer si une sûreté grève le bien qui l'intéresse, et l'encourage même à ne pas le faire. Ce niveau de protection est incompatible avec l'objectif d'un système de registre général visant à faciliter la publicité des sûretés et à établir des règles claires et objectives pour régler les conflits entre les réclamants concurrents. Par conséquent, les régimes sur les opérations garanties qui ont établi un registre général des sûretés permettent généralement au créancier garanti ayant procédé à l'inscription d'un avis concernant sa sûreté de poursuivre le bien entre les mains de l'acheteur, que celui-ci connaisse ou non l'existence de la sûreté inscrite. Le *Guide* recommande cette approche (voir recommandation 79). La connaissance effective ou supposée de l'existence d'une sûreté par un tiers ne remplace donc pas l'inscription, et l'acquisition d'un bien que l'on sait grevé d'une sûreté non inscrite ne constitue pas un acte de mauvaise foi. Cette approche permet aux tiers de se fier entièrement au système de registre pour déterminer s'ils sont liés ou non par une sûreté que le constituant aurait créée sur ses biens. Elle n'est pas injuste envers les créanciers garantis car ceux-ci auraient pu se protéger en prenant une inscription en temps voulu.

26. Cependant, le droit général qu'a le créancier garanti de réaliser sa sûreté sur un bien grevé entre les mains d'un acheteur est soumis à une importante restriction: un acheteur qui acquiert un bien grevé dans le cours normal des affaires du constituant acquiert ce bien libre de toute sûreté, inscrite ou non. C'est également l'approche recommandée dans le *Guide* (voir recommandation 81 a)). L'exception fondée sur le cours normal des affaires protège généralement l'acheteur même s'il connaît effectivement l'existence d'une sûreté devenue opposable. Ce n'est que si le

vendeur sait aussi que la vente viole les droits conférés au créancier garanti par la convention constitutive de sûreté que la sûreté grève le droit de propriété de l'acheteur.

27. Cette approche concorde avec les attentes commerciales raisonnables des parties concernées, le constituant, le créancier garanti et l'acheteur. Il n'est pas réaliste d'attendre des acheteurs traitant avec une entreprise commerciale qui vend couramment le type de biens qui les intéressent, par exemple du matériel informatique, qu'ils vérifient le registre avant de conclure l'opération. En outre, un créancier garanti qui prend une sûreté sur les stocks d'un constituant le fait normalement en sachant que le constituant pourra disposer de ces stocks libres de la sûreté dans le cours normal de ses affaires. En effet, pour que le constituant puisse générer les revenus nécessaires au remboursement du prêt garanti, les clients doivent avoir l'assurance qu'ils acquièrent un droit de propriété non grevé sur les stocks qui leur sont vendus dans le cours normal des affaires du constituant.

### 4. Espèces, instruments négociables et documents négociables

28. Les lois sur les opérations garanties accordent habituellement une protection similaire aux bénéficiaires de transferts et aux créanciers garantis concurrents auxquels des espèces sont versées ou en faveur desquels des documents négociables (tels qu'un connaissement) ou des instruments négociables (tels qu'un chèque) sont négociés. C'est l'approche recommandée dans le *Guide* (voir recommandations 101, 102, 108 et 109). On considère ici que l'importance de préserver le caractère librement négociable de ces types de biens sur le marché l'emporte sur le risque de porter atteinte au rang prioritaire de la sûreté inscrite.

### 5. Comptes bancaires et titres

29. Pour faciliter les opérations des grandes institutions financières sur les marchés des prêts sur valeurs mobilières, des mises en pension et des produits dérivés, les systèmes juridiques créent parfois des exceptions à la règle de la priorité fondée sur l'ordre d'inscription pour les sûretés sur les comptes bancaires et sur au moins certains types de valeurs mobilières (il convient cependant de noter que les valeurs mobilières et les droits à paiement découlant de contrats financiers et d'opérations de change sont exclus du champ d'application du *Guide*; voir recommandation 4, al. c) à e)). Dans ces systèmes, les créanciers garantis ont généralement la possibilité de prendre le "contrôle" du compte bancaire ou des valeurs mobilières au lieu d'inscrire leur sûreté; Ils ont alors la priorité même sur des sûretés inscrites antérieurement. C'est l'approche recommandée dans le *Guide* (pour ce qui est des comptes bancaires, voir le terme "contrôle" dans l'introduction du *Guide*, sect. B, et la recommandation 103).

### 6. Biens soumis à inscription sur un registre spécialisé

30. D'autres exceptions à la règle du "premier inscrit" peuvent s'expliquer par la décision d'un État de conserver des solutions donnant satisfaction, autres que l'inscription au registre général des sûretés. Certains États, par exemple, ont adopté un système d'annotation des sûretés sur les certificats de propriété de véhicules automobiles. Un État peut accorder la priorité à une sûreté annotée sur un certificat de propriété par rapport à une sûreté inscrite dans le registre général des sûretés et également exiger une annotation sur le certificat de propriété pour que le créancier

garanti l'emporte sur le bénéficiaire d'un transfert ultérieur. C'est l'approche recommandée dans le *Guide* (voir recommandations 77 et 78).

31. En outre, certains États ont déjà mis en place des régimes juridiques et des registres spécialisés pour inscrire des droits, y compris des sûretés, sur des types spécifiques de biens meubles, tels que les navires, les aéronefs et la propriété intellectuelle. La loi recommandée dans le *Guide* peut s'appliquer ou non à certains de ces biens (voir recommandation 4, al. a) et b)). Ces registres peuvent avoir des objectifs plus larges que la simple publicité des sûretés sur les biens concernés (par exemple, l'enregistrement de la propriété ou des transferts de propriété). Dans la mesure où la loi recommandée dans le *Guide* s'appliquerait aux sûretés sur ces biens, un État peut décider d'accorder la priorité aux sûretés inscrites dans un registre spécialisé par rapport à celles qui sont inscrites dans le registre général, de même qu'il peut exiger l'inscription dans le registre spécialisé pour que le créancier garanti l'emporte sur le bénéficiaire d'un transfert ultérieur. C'est l'approche recommandée dans le *Guide* (voir recommandations 77 et 78).

32. Enfin, les États parties à des traités internationaux, tels que la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles et ses Protocoles, exigent l'inscription dans le registre international des sûretés et des autres droits grevant les types de biens auxquels ces traités s'appliquent (par exemple, les cellules d'aéronefs, les moteurs d'avion, le matériel roulant ferroviaire et les biens spatiaux). Cette inscription a pour effet de rendre la sûreté opposable.

### 7. Autres exceptions

33. La place faite à d'autres exceptions dépend du contexte économique et social particulier de chaque État. Par exemple, certains États protègent les acheteurs de biens de consommation d'assez faible valeur, que ceux-ci aient ou non été achetés dans le cours normal des affaires du vendeur. On considère dans ces États qu'il n'est pas réaliste d'attendre de ces personnes qu'elles consultent un registre avant d'effectuer l'opération. Il importe toutefois que ces exceptions soient restreintes et clairement définies dans la loi (voir recommandation 7).

## E. Portée opérationnelle du registre

### 1. Approche générale: primauté du fond sur la forme

34. Un régime efficace sur les opérations garanties devrait avoir une portée étendue et couvrir toutes les opérations qui sur le fond remplissent une fonction de sûreté, quels que soient la forme de l'opération, le type de bien grevé, la nature de l'obligation garantie ou le statut des parties. Le *Guide* recommande cette approche (voir recommandation 2). Ainsi par exemple, si une personne transfère la propriété d'un bien à un créancier dans le cadre d'une "vente" mais reste en possession dudit bien étant entendu qu'il pourra en recouvrer la propriété en s'acquittant de l'obligation dont il est redevable, la vente devrait, en principe, être régie par les mêmes règles que celles qui s'appliquent aux sûretés réelles mobilières à proprement parler, y compris les règles d'inscription. Cette approche est nécessaire pour préserver les avantages que présente l'établissement d'un registre général des

sûretés en matière de réduction des risques et de détermination efficace de l'ordre de priorité.

### 2. Financement d'acquisitions – mécanismes de sûreté fondés sur la réserve de propriété

35. L'approche unitaire et l'approche non unitaire du financement d'acquisitions recommandées dans le *Guide* suivent le principe de "primauté du fond sur la forme" (voir chap. IX du *Guide*). Dans certains États, les opérations dans lesquelles le créancier reste propriétaire d'un bien afin de garantir le paiement du prix d'achat par le débiteur bénéficient du même traitement que les opérations garanties aux seules fins de la loi sur les opérations garanties. Les droits de réserve de propriété ou de crédit-bail sont donc inclus dans la notion de "sûreté réelle mobilière" et intégrés au champ d'application du registre général des sûretés. C'est l'approche unitaire du financement d'acquisitions recommandée dans le *Guide* (recommandation 178). Dans d'autres États, les mécanismes de réserve de propriété sont considérés comme conceptuellement différents des sûretés grevant des biens dont le constituant est déjà propriétaire. Toutefois, même dans ces États, on reconnaît généralement que ces mécanismes posent les mêmes problèmes de publicité que les sûretés réelles mobilières traditionnelles. En l'absence d'obligation d'inscription, un tiers n'aurait aucun moyen de vérifier objectivement si des biens se trouvant en la possession d'une personne ne sont pas en fait la propriété d'un vendeur ou d'un bailleur. Par conséquent, ces États incluent aussi souvent les mécanismes de réserve de propriété dans le registre général des sûretés tout en leur conservant une terminologie différente. C'est l'approche non unitaire recommandée dans le *Guide* (voir recommandation 187).

### 3. Cessions pures et simples de créances

36. Une cession pure et simple de créance crée les mêmes problèmes d'information des tiers que les sûretés réelles mobilières sans dépossession. Un créancier garanti ou un cessionnaire potentiel n'a aucun moyen efficace de vérifier si les créances dues à une entreprise n'ont pas déjà été cédées. La possibilité de s'informer sur les débiteurs des créances existe mais dans la pratique ce n'est pas réalisable si ceux-ci n'ont pas été avisés de la cession ou si l'opération couvre de manière générale des créances présentes et futures. Pour remédier au problème, les lois sur les opérations garanties étendent souvent les règles d'inscription régissant les sûretés réelles mobilières sans dépossession aux cessions pures et simples de créances, la priorité entre les créanciers garantis ou cessionnaires successifs des mêmes créances étant déterminée par l'ordre d'inscription. D'autres types de transferts purs et simples, comme les ventes ordinaires, ne sont pas soumis à inscription, puisque, contrairement aux cessions pures et simples de créances, ils ne jouent aucun rôle de financement.

37. L'inclusion des cessions pures et simples de créances dans le champ du registre ne signifie pas que ces opérations sont requalifiées en opérations garanties. Elle permet seulement de soumettre le cessionnaire aux mêmes règles de constitution, d'opposabilité et de priorité (mais généralement pas de réalisation) que le titulaire d'une sûreté réelle mobilière sur les créances. Elle signifie également que le cessionnaire a les mêmes droits et obligations qu'un créancier garanti vis-à-vis du

débiteur de la créance. C'est l'approche recommandée dans le *Guide* (voir chap. I, par. 25 à 31, et recommandations 3 et 167).

### 4. Baux véritables et dépôts-ventes

38. Les baux véritables de longue durée et le dépôt-vente de biens meubles ne permettent pas de garantir le paiement du prix d'acquisition des biens. Cependant, ils créent des problèmes de publicité analogues pour les tiers car ils impliquent nécessairement une dissociation entre un droit réel (la propriété du bailleur ou du déposant) et la possession effective (par le preneur ou le dépositaire). Pour remédier au problème, certains États élargissent à ces types d'opérations le champ d'application du régime d'inscription et de priorité applicable aux sûretés en garantie du paiement d'acquisitions et aux mécanismes de réserve de propriété. Cette approche permet également au bailleur ou au déposant de procéder à une inscription pour se protéger contre le risque de voir un tribunal décider qu'une opération s'apparentant à un bail véritable ou à un dépôt-vente est en réalité une opération garantie et n'est donc pas opposable sans inscription d'un avis (c'est également possible dans les États où l'inscription n'est pas exigée pour rendre opposables les baux véritables et les dépôts-ventes). Cette approche n'est toutefois pas recommandée dans le *Guide*.

### 5. Créances privilégiées

39. Un registre des sûretés réelles mobilières a pour vocation première de permettre l'inscription d'une sûreté réelle mobilière créée par accord entre les parties. Cependant, dans certains États, on peut également inscrire un droit créé par l'effet de la loi, potentiellement équivalent à une sûreté ou offrant une protection équivalente. Ces droits privilégiés sont par exemple les droits de l'État sur les biens d'un contribuable au titre du non-paiement d'impôts (voir le *Guide*, chap. V, par. 90 à 109). Dans ces États, les règles d'inscription et de priorité applicables aux sûretés réelles mobilières s'appliquent également aux droits créés par l'effet de la loi. Cette approche n'est toutefois pas recommandée dans le *Guide*, qui considère les droits légaux comme des privilèges dont le type et le montant doivent être limités (voir recommandation 83). En conséquence, un créancier titulaire d'un tel droit n'a pas besoin de procéder à une inscription, la règle du premier inscrit ne s'applique pas et les tiers devraient être conscients de ce risque et faire les recherches correspondantes.

### 6. Droits des créanciers judiciaires

40. Contrairement aux créances privilégiées, les droits des créanciers judiciaires ne bénéficient pas automatiquement d'une priorité spéciale. Cependant, dans certains États, les créanciers ayant obtenu une décision de justice en leur faveur et pris les mesures nécessaires pour acquérir des droits sur un bien grevé (notamment l'inscription d'un avis ou la saisie du bien) sont traités comme des créanciers garantis. Les créanciers judiciaires sont alors soumis aux mêmes règles d'enregistrement et de priorité que les créanciers garantis. Le *Guide* recommande cette approche (voir recommandation 84).

## F. Portée territoriale du registre

41. Les utilisateurs d'un registre auraient besoin d'indications claires quant au lieu (le registre de quels États) où une sûreté doit être inscrite et où des recherches devraient être effectuées, en particulier dans les situations où l'opération concerne des parties et des biens situés dans différents États. En général, on trouve des indications dans les règles internes de conflit de lois déterminant quelle loi s'applique à la constitution, à l'opposabilité, à la priorité et à la réalisation d'une sûreté. De même, bien que la loi recommandée dans le *Guide* ne précise pas la portée territoriale du registre, celle-ci peut être déterminée par les règles de conflit de lois recommandées dans le *Guide*.

42. Selon l'approche recommandée dans le *Guide*, la loi applicable dépend de la nature des biens. S'il s'agit de sûretés grevant des biens meubles corporels, c'est la loi du lieu où se situe le bien grevé qui s'applique (voir recommandation 203). Cela signifie qu'un avis de sûreté doit être inscrit au registre de l'État où se trouve le bien grevé. Si les biens grevés sont situés dans plusieurs États, la loi de chacun de ces États s'applique. Si chacun dispose d'un registre, plusieurs inscriptions seront nécessaires. S'agissant des sûretés grevant des biens meubles incorporels ainsi que certains types de biens meubles corporels mobiles couramment utilisés dans de nombreux États, c'est la loi de l'État dans lequel est situé le constituant qui s'applique (voir recommandations 204 et 208), ce qui signifie qu'un avis de sûreté doit être inscrit au registre de l'État où se trouve le constituant.

43. Cependant, différentes règles de conflit de lois s'appliquent aux sûretés sur certains types de biens, comme les créances nées d'une opération concernant un bien immeuble, les droits au paiement de fonds crédités sur des comptes bancaires, les droits de recevoir le produit d'engagements de garantie indépendants, les droits de propriété intellectuelle et le produit (voir recommandations 209 à 215 et 248). Par exemple, lorsque le bien grevé est une propriété intellectuelle, la loi applicable est en premier lieu la loi de l'État dans lequel la propriété intellectuelle est protégée, même si une sûreté peut également être constituée et rendue opposable au représentant de l'insolvabilité du constituant et à ses créanciers judiciaires en vertu de la loi de l'État où se trouve le constituant, et n'être réalisée qu'en vertu de cette loi (voir *Supplément sur les sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles*, recommandation 248).

## G. Conséquences juridiques de l'inscription

### 1. Inscription non constitutive de sûreté

44. Selon la loi recommandée dans le *Guide*, l'inscription n'emporte pas constitution d'une sûreté (voir recommandation 33). La sûreté prend effet et acquiert force obligatoire entre le constituant et le créancier garanti dès la conclusion d'une convention constitutive (voir recommandations 13 à 15). L'inscription est simplement une condition préalable à l'opposabilité de la sûreté. En outre, comme expliqué en détail ci-dessous, l'inscription ne porte pas sur la convention constitutive de sûreté elle-même mais sur les informations de base figurant dans un avis concernant l'existence possible d'une sûreté (voir recommandation 32 et par. 63 à 67 ci-après). Ce n'est pas l'inscription qui prouve

que la sûreté à laquelle elle fait référence existe bien mais la convention constitutive de sûreté qui, elle, ne figure pas dans le registre. L'inscription informe simplement les tiers effectuant des recherches de l'existence éventuelle d'une sûreté sur les biens décrits.

### 2. Réalisation

45. Certains régimes juridiques exigent que les créanciers garantis inscrivent un avis lorsqu'ils engagent une action en réalisation. La loi recommandée dans le *Guide* n'impose pas au créancier garanti d'inscrire un tel avis. Celui-ci est toutefois tenu d'effectuer une recherche dans le registre et de notifier aux tiers concernés (y compris les réclamants concurrents) le moyen de réalisation qu'il compte utiliser (voir recommandation 151).

### 3. Défaut d'inscription et opposabilité

46. Le *Guide* n'exige pas que le créancier garanti inscrive un avis concernant sa sûreté et ne recommande donc pas d'imposer des sanctions pécuniaires, administratives ou autres aux créanciers garantis qui ne le font pas. La seule conséquence négative du défaut d'inscription est que la sûreté ne sera pas opposable à certains tiers comme cela est expliqué dans le *Guide*.

### 4. Insolvabilité

47. Les lois modernes sur les opérations garanties et l'insolvabilité subordonnent généralement à l'inscription l'opposabilité d'une sûreté aux créanciers judiciaires chirographaires et au représentant de l'insolvabilité du constituant. C'est l'approche recommandée dans le *Guide* (voir recommandations 238 et 239) conformément au *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité*. Si le créancier garanti ne prend pas d'inscription ni d'autre disposition pour rendre sa sûreté opposable ou ne le fait pas dans les délais, il est relégué au rang de créancier chirographaire par rapport aux réclamants concurrents, y compris les créanciers judiciaires et le représentant de l'insolvabilité du constituant.

48. Cette règle:

a) Encourage les créanciers garantis à prendre rapidement une inscription;

b) Permet au représentant de l'insolvabilité du constituant de déterminer efficacement quels biens du constituant peuvent avoir été grevés;

c) Permet aux créanciers judiciaires de déterminer à tout moment dans quelle mesure les biens du constituant peuvent avoir été grevés et de décider ainsi si cela vaut la peine d'engager une procédure pour faire exécuter le jugement; et

d) Permet à des créanciers potentiels de contacter les créanciers garantis inscrits, avec l'accord de leur débiteur potentiel, et de déterminer le montant possible du passif garanti de leur débiteur potentiel (ce qui peut contribuer à évaluer la solvabilité de celui-ci).

49. Toutefois, l'inscription prise en temps voulu ne protège pas le créancier des contestations fondées sur les règles générales du droit de l'insolvabilité, notamment celles qui ont pour effet d'annuler les transferts préférentiels ou frauduleux et celles qui accordent la priorité à certaines catégories protégées de créanciers (voir

chap. XII et recommandation 239 du *Guide*; voir également recommandations 88 et 188 du *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité*).

50. En outre, les lois modernes sur les opérations garanties et l'insolvabilité permettent généralement au créancier garanti de prendre des dispositions pour maintenir l'opposabilité de la sûreté même après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité (voir recommandation 238). Le créancier garanti devrait donc pouvoir prolonger les effets de l'inscription qui sinon expirerait durant la procédure d'insolvabilité, en procédant à l'inscription d'un avis de modification. L'inscription d'autres types de modification serait sans effet et constituerait une violation de la suspension automatique.

51. Enfin, les lois modernes sur l'insolvabilité autorisent généralement le constituant insolvable à constituer une sûreté afin d'obtenir un financement postérieur à l'ouverture de la procédure (voir recommandation 65 du *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité*). Un tel financement n'est prioritaire sur le ou les créanciers garantis existants qu'avec l'accord de ces derniers ou une autorisation du tribunal assortie de protections suffisantes en faveur du créancier garanti. Si un financement postérieur à l'ouverture de la procédure est accordé, l'avis d'inscription doit désigner le constituant de manière appropriée en fonction de la nature de la personne insolvable (voir A/CN.9/WG.VI/WP.48/Add.1, par. 23).

## H. Coordination entre le registre général des sûretés et les registres spécialisés de biens meubles

52. Lorsqu'il existe des registres spécialisés permettant l'inscription de sûretés sur des biens meubles aux fins d'opposabilité (c'est le cas des registres internationaux prévus par la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles et ses Protocoles), les régimes modernes sur les opérations garanties traitent des questions liées à la coordination des inscriptions dans les deux types de registres. Le *Guide* et le *Supplément sur les sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles* traitent en détail de la coordination entre les registres (voir le *Guide*, chap. III, par. 75 à 82, et IV, par. 117; voir également le *Supplément*, par. 135 à 140).

53. Par exemple, le *Guide* prévoit qu'une sûreté sur un bien soumis à inscription dans un registre spécialisé puisse être rendue opposable par inscription dans le registre général des sûretés ou dans le registre spécialisé et traite la question de la coordination entre les deux types de registre au moyen de règles de priorité appropriées, donnant à une sûreté pour laquelle un avis est inscrit dans le registre spécialisé la priorité sur une sûreté grevant le même bien pour laquelle un avis est inscrit dans le registre général des sûretés, quel que soit le moment de l'inscription (voir recommandations 43 et 77, al. a)).

54. Le *Guide* mentionne également d'autres outils de coordination entre les registres, dont la transmission automatique des informations d'un registre à l'autre et la mise en place de portails communs permettant d'accéder aux divers registres pertinents. Cette approche soulève des difficultés liées à la conception des registres, le registre général des sûretés utilisant un système d'indexation par constituant alors

que le registre spécialisé utilise un système d'enregistrement par bien (voir le *Guide*, chap. III, par. 77 à 81; voir aussi par. 65 à 67 ci-après).

## I. Coordination entre le registre des sûretés et les registres immobiliers

55. Des registres immobiliers existent dans la plupart des États, sinon tous. En général, le registre général des sûretés est distinct du registre immobilier à cause des différences qu'ils présentent pour ce qui est des critères de description du bien grevé et des méthodes d'indexation (pour plus de détails, voir par. 65 à 67 ci-après), ainsi que des effets juridiques de l'inscription à l'égard des tiers.

56. Un État utilisant un registre général des sûretés devra donner des orientations indiquant où devraient être inscrites les sûretés sur des biens attachés à des immeubles. La loi recommandée dans le *Guide* dispose que ces inscriptions peuvent se faire soit dans le registre général des sûretés, soit dans le registre immobilier (voir recommandation 43). Le choix entre les deux types d'inscription a des conséquences en termes de priorité. Le *Guide* recommande qu'un droit réel inscrit dans le registre immobilier soit prioritaire sur une sûreté pour laquelle un avis n'a été inscrit que dans le registre des sûretés (voir recommandation 87). Il recommande également que la sûreté sur un bien attaché à un immeuble ne puisse être opposée à un acheteur (ou à un autre tiers) acquérant un droit sur le bien immeuble, sauf si cette sûreté a fait l'objet d'une inscription dans le registre immobilier préalablement à la vente (voir recommandation 88).

57. Il convient également de noter que les critères de description du bien grevé applicables aux avis concernant des sûretés sur des biens attachés à des immeubles peuvent différer selon que l'avis est inscrit dans le registre des sûretés ou dans le registre immobilier. La loi recommandée dans le *Guide* dispose qu'un bien attaché à un bien immeuble, comme tout autre bien grevé, doit être décrit de façon à être suffisamment identifiable au moment de l'inscription d'un avis dans le registre des sûretés (voir recommandation 57, al. b)). Une description du bien meuble corporel qui est ou sera attaché, sans description du bien immeuble, suffit donc pour l'inscription de l'avis dans le registre général des sûretés. En revanche, l'inscription d'un tel avis dans le registre immobilier nécessitera généralement que le bien immeuble auquel est ou sera attaché le bien corporel soit décrit de manière suffisante et conforme du droit immobilier. Cette description doit être suffisante pour permettre l'indexation de l'avis dans le registre immobilier.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: L'article pertinent du projet de règlement type où il est question de biens attachés à un bien immeuble est l'article 24.*]

# III. Principales caractéristiques d'un registre des sûretés efficace

## A. Introduction

58. La plupart des États ont établi des registres de la propriété et des droits sur la propriété pour les opérations portant sur des biens immeubles et un nombre limité de biens meubles de grande valeur, tels que les navires et les aéronefs. Pour qu'un registre des sûretés efficace soit mis en place, il est indispensable que ses caractéristiques très différentes soient bien comprises par les personnes chargées de le concevoir et de l'exploiter et par ses clients potentiels. Le présent chapitre explique donc les principales caractéristiques d'un registre des sûretés efficace (les règles juridiques et les considérations conceptuelles nécessaires à la mise en œuvre de ces caractéristiques sont traitées en détail dans les chapitres suivants).

## B. État de l'existence potentielle de sûretés

59. Un registre de la propriété tel que ceux utilisés traditionnellement pour les biens immeubles, les navires ou les aéronefs a pour objet de faire connaître le propriétaire actuel d'un bien donné ainsi que les droits qui pourraient grever la propriété. Toutefois, il ne serait pas réaliste, d'un point de vue pratique ou économique, de tenter de créer un registre de la propriété fiable pour la quantité considérable de biens meubles corporels et incorporels fréquemment grevés de sûretés. Un registre général des sûretés portant sur des biens meubles tel que celui envisagé dans le *Guide* ne vise donc pas à consigner la propriété ou le transfert de propriété du bien grevé décrit dans l'avis. Il ne garantit pas non plus que la personne désignée dans l'avis comme le constituant est le véritable propriétaire du bien. Il consigne simplement l'existence potentielle de sûretés sur tout droit réel que le constituant a ou pourrait acquérir sur les biens décrits dans l'avis en conséquence d'opérations ou d'événements qui ne figurent pas au registre (voir le *Guide*, chap. IV, par. 10 à 14).

60. Dans certains types de transactions mentionnés aux paragraphes 35 à 38 ci-dessus (ventes sous réserve de propriété ou crédits-bails, transferts purs et simples de créances, baux véritables et dépôts-ventes), l'inscription ne porte pas sur une sûreté, mais sur le droit de propriété du vendeur, du bailleur ou du déposant. Cependant, même dans ces cas, l'inscription n'établit ni ne prouve la propriété; elle indique seulement que le cessionnaire, le vendeur réservataire, le bailleur ou le déposant sont susceptibles de détenir un droit de propriété sur les biens décrits dans l'avis. La question de savoir si ces parties sont ou non titulaires d'un droit de propriété dépend des preuves non enregistrées des opérations ou des événements au titre desquels elles font valoir ce droit (voir le *Guide*, chap. IX, par. 96 à 107).

## C. Inscription d'avis

61. Les systèmes d'enregistrement de la propriété et des droits grevant la propriété d'une parcelle de terrain ou de biens meubles de grande valeur tels que les navires et les aéronefs exigent généralement que les personnes procédant à l'inscription

déposent ou produisent les documents sous-jacents afin qu'ils soient examinés. En effet, l'inscription est généralement considérée comme constituant une preuve ou du moins une présomption de la propriété et de tout droit réel sur celle-ci.

62. Bien que les registres des sûretés de certains États exigent toujours de soumettre les documents relatifs à la sûreté, le *Guide* recommande l'inscription d'un avis (voir recommandations 54, al. b), et 57). Un système d'inscription d'avis n'exige pas que les documents relatifs à la sûreté soient inscrits ni même présentés au personnel du registre pour examen. Il suffit d'inscrire un avis contenant les informations de base nécessaires pour informer une personne effectuant une recherche que le bien décrit dans l'avis peut être grevé d'une sûreté. L'inscription ne signifie donc pas que la sûreté à laquelle elle fait référence existe nécessairement mais qu'elle peut exister au moment de l'inscription ou ultérieurement. L'inscription d'un avis n'emporte pas constitution d'une sûreté; elle rend simplement la sûreté opposable si celle-ci existe au moment de l'inscription ou, dans le cas d'une inscription anticipée, si elle est constituée ultérieurement (voir recommandations 32, 33 et 67).

63. Le *Guide* recommande l'inscription d'avis plutôt que l'inscription de documents parce qu'elle:

a) Réduit le coût des opérations pour les personnes procédant à l'inscription (qui n'auraient pas besoin d'inscrire tous les documents relatifs à la sûreté) et pour les tiers effectuant une recherche (qui n'auraient pas besoin de lire attentivement la documentation volumineuse susceptible d'être inscrite ou d'engager des prestataires de services spécialisés pour qu'ils évaluent les biens du constituant figurant sur le registre public);

b) Réduit les tâches administratives et d'archivage du personnel chargé d'exploiter le système de registre;

c) Réduit le risque d'erreur d'inscription (car moins on doit communiquer d'informations, moins on risque de commettre des erreurs); et

d) Améliore la confidentialité et la protection de la vie privée pour les créanciers garantis et les constituants (moins on doit soumettre d'informations, moins d'informations confidentielles sont accessibles aux personnes effectuant une recherche).

64. Le *Guide* utilise le terme "avis" au sens d'une communication, pour désigner non seulement le formulaire (ou l'écran) utilisé pour transmettre des informations au registre (voir le terme "avis" dans l'introduction du *Guide*, sect. B, recommandations 54, al. b) et 57) mais aussi d'autres types de communications telles que celles faites dans le contexte de la réalisation (voir recommandations 149 à 151). Le chapitre IV du *Guide* précise la signification du terme "avis" dans le contexte de l'inscription en se référant: a) aux "informations contenues dans un avis", aux "informations figurant dans un avis" ou à la "teneur de l'avis" (voir recommandations 54, al. d) et 57); et b) au "fichier du registre" au sens des informations contenues dans l'ensemble des avis, qui ont été acceptées par le registre et saisies dans la base de données du registre accessible au public (voir recommandation 70). Le projet de guide sur le registre utilise ces termes dans le même sens, en insistant davantage sur les informations contenues dans les

communications sur support papier ou par voie électronique que sur le moyen de communication lui-même.

## D. Indexation par référence au constituant

65. Les biens immeubles ont généralement un identifiant géographique suffisamment unique pour que l'inscription puisse être indexée et retrouvée par référence au bien. Certains types de biens meubles de grande valeur à numéro de série unique peuvent aussi être indexés et retrouvés par référence à ce numéro de série. En revanche, la plupart des biens meubles n'ont pas d'identifiant objectif suffisamment précis ou suffisamment unique pour permettre l'indexation par référence au bien. De plus, un régime moderne sur les opérations garanties doit permettre de créer des sûretés opposables sur une masse de biens présents et futurs, tels que le matériel, les stocks et les créances du constituant. Exiger une description spécifique pour ces types de bien rendrait donc le processus d'inscription trop lourd, plus onéreux et sujet à des erreurs de description.

66. C'est pour cela que les avis sont indexés par référence à l'identifiant du constituant (qu'il s'agisse du nom ou d'un autre identifiant) et non au bien (voir le *Guide*, chap. IV, par. 31 à 33). L'indexation par constituant facilite considérablement le processus d'inscription et de recherche. Les créanciers garantis peuvent inscrire une sûreté sur l'ensemble des biens meubles présents et futurs d'un constituant, ou sur des catégories génériques de biens, en procédant à une seule inscription. C'est l'approche recommandée dans le *Guide* (voir recommandation 57, al. a)) .

67. Certains régimes d'opérations garanties prévoient une inscription et une indexation supplémentaires par bien pour certains types bien définis de biens de grande valeur non considérés comme stocks et pour lesquels il existe des identifiants alphanumériques fiables ainsi qu'un marché de revente important (par exemple, véhicules automobiles, remorques, autocaravanes, cellules et moteurs d'aéronefs, matériel roulant ferroviaire, bateaux et moteurs de bateaux). Cette approche, non recommandée dans le *Guide*, y est cependant traitée (voir chap. IV, par. 34 à 36), et examinée plus en détail dans le chapitre IV.E ci-dessous (voir A/CN.9/WG.VI/WP.48/Add.1).

## A/CN.9/WG.VI/WP.48/Add.1 (Original: anglais)

# Note du Secrétariat concernant le projet de guide sur le registre des sûretés réelles mobilières, soumise au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa vingtième session

ADDITIF

**TABLE DES MATIÈRES**


*Paragraphes*

IV. Règles applicables au processus d'inscription et de recherche . . . . . 1-68
A. Introduction . . . . . 1-2
B. Autorisation du constituant pour procéder à l'inscription . . . . . 3-9
C. Inscription anticipée . . . . . 10-12
D. Caractère suffisant d'un avis unique . . . . . 13-14
E. Informations requises dans un avis . . . . . 15-68
1. Informations concernant le constituant . . . . . 16-37
2. Informations concernant le créancier garanti et incidences des erreurs . . 38-40
3. Description des biens grevés . . . . . 41-54
4. Durée et prorogation de l'inscription . . . . . 55-61
5. Montant maximum pour lequel la sûreté peut être réalisée . . . . . 62-68


---

# IV. Règles applicables au processus d'inscription et de recherche

## A. Introduction

1. Dans l'intérêt de la sécurité juridique, un État qui met en place un registre des sûretés réelles mobilières devra adopter un ensemble de règles pour réglementer le processus d'inscription et de recherche. Le présent chapitre a pour objectif de recenser les questions que ces règles doivent aborder et fournir des lignes directrices pour leur traitement conformément au *Guide* (plus particulièrement à son chapitre IV).

2. Comme indiqué précédemment (voir A/CN.9/WG.VI/WP.48, par. 21), selon la loi recommandée dans le *Guide*, l'inscription d'un avis au registre général des sûretés est la méthode couramment utilisée pour rendre les sûretés opposables (voir recommandation 32), et la priorité entre des sûretés rendues opposables par une telle inscription est déterminée en fonction de la date d'inscription (voir recommandation 76). Cela signifie que l'inscription, ou son absence, a des

conséquences pour l'opposabilité et la priorité d'une sûreté (voir A/CN.9/WG.VI/WP.48, par. 46).

## B. Autorisation du constituant pour procéder à l'inscription

3. Selon la loi recommandée dans le *Guide*:

a) L'inscription d'un avis (initial, de modification ou de radiation) concernant une sûreté est sans effet à moins que le constituant ne l'ait autorisée par écrit, par exemple par voie de communication électronique (voir recommandations 11, 12 et 71);

b) L'autorisation n'est pas nécessaire au moment de l'inscription dès lors qu'elle est donnée ultérieurement (voir recommandation 71) et, par conséquent, l'inscription peut avoir lieu avant même la constitution de la sûreté ou la conclusion de la convention constitutive de sûreté (recommandation 67); et

c) Une convention constitutive de sûreté écrite suffit pour autoriser l'inscription (voir recommandation 71).

4. De ce fait, si une convention constitutive de sûreté est conclue par écrit alors que l'inscription a été effectuée sans autorisation préalable, elle vaut autorisation et l'inscription prend effet à compter de la date à laquelle elle a été effectuée. Cependant, si aucune convention constitutive de sûreté n'est conclue par écrit (et que le constituant ne donne pas d'autre autorisation écrite), aucune sûreté n'est constituée et l'inscription est sans effet. Il en découle que, si un autre avis est inscrit par la suite (avec l'autorisation du constituant), la sûreté inscrite antérieurement ne primera que si une autorisation est obtenue ou si une convention constitutive de sûreté est conclue après l'inscription. Dans le cas inverse, il n'y aura pas conflit de priorité puisque la sûreté inscrite antérieurement sera inopposable. L'autorisation peut être nécessaire non seulement pour l'avis initial mais aussi pour tout autre avis de modification ultérieur. Généralement, une autorisation supplémentaire est requise pour deux types de modifications, à savoir celles effectuées pour ajouter des biens grevés et celles effectuées pour ajouter des constituants.

5. En revanche, certains systèmes de registre exigent que l'autorisation du constituant soit attestée directement dans le fichier du registre au moment de l'inscription. Cette exigence accroît le coût et la durée du processus d'inscription puisqu'il faut vérifier de façon fiable que la personne donnant une autorisation est bien le constituant désigné dans l'avis et qu'elle a effectivement donné une autorisation. Une telle exigence pourrait compliquer encore le processus d'inscription, en particulier lorsque des informations sont saisies dans le fichier du registre via un mode de communication électronique.

6. De tels systèmes de registre peuvent être influencés par une analogie inappropriée avec les registres de la propriété. Dans un registre de la propriété, une telle exigence se justifie dans la mesure où le véritable propriétaire peut perdre ses droits si un transfert non autorisé est inscrit dans le fichier et que la personne désignée comme le nouveau propriétaire entreprend ensuite de disposer du bien. Toutefois, dans un système de registre des sûretés tel que celui envisagé dans le *Guide*, l'inscription n'emporte pas constitution d'une sûreté ni ne prouve son existence réelle; elle a seulement pour effet de signaler l'existence possible

d'une sûreté grevant les biens décrits (voir recommandations 32 et 33, ainsi que le document A/CN.9/WG.VI/WP.48, par. 44 et 59). Elle n'est préjudiciable à la personne qui y est désignée comme le constituant que dans la mesure où elle peut limiter sa capacité d'effectuer librement des opérations sur ces biens tant qu'elle n'a pas été radiée ou modifiée (dans certains États, les inscriptions non autorisées sont prises en compte dans les rapports des agences de notation du risque sur la solvabilité des particuliers et peuvent donc entamer la confiance dans la solvabilité de ces derniers).

7. Selon la loi recommandée dans le *Guide*, le risque d'une telle inscription non autorisée peut être traité efficacement en permettant au constituant de demander rapidement et à peu de frais la radiation (lorsqu'il n'y a aucune autorisation) ou la modification (en cas d'autorisation partielle) de l'inscription non autorisée, soit par le créancier garanti, soit, si ce dernier ne corrige pas le fichier dans un bref délai spécifié par la loi à compter de la réception de la demande écrite du constituant, par le biais d'une procédure judiciaire ou administrative simplifiée (voir recommandation 72, al. b), et le chapitre IV, section H, du document A/CN.9/WG.VI/WP.48/Add.2). Pour faciliter l'exercice de ce droit de la personne désignée dans l'avis comme le constituant, la personne procédant à l'inscription est tenue de transmettre au constituant une copie de l'avis initial ou de tout avis de modification ultérieur (voir recommandation 55, al. c)); dans le cadre d'un système électronique, le registre peut être conçu de façon que cette copie soit envoyée automatiquement (voir A/CN.9/WG.VI/WP.48/Add.2, par. 34 à 38).

8. Pour renforcer la protection contre les inscriptions non autorisées, on peut, à titre de condition préalable à la soumission d'un avis d'inscription, exiger de la personne procédant à l'inscription qu'elle établisse son identité par un moyen quelconque. Cette approche vise principalement à garantir qu'il soit fait un usage légitime du registre (ce qui peut poser des problèmes dans certains États). Son inconvénient est qu'elle risque de retarder l'inscription et d'en accroître le coût. Cette exigence ne devrait toutefois pas constituer une charge administrative excessive si la procédure d'identification est intégrée au processus de paiement. En outre, comme il est probable que la plupart des personnes procédant à l'inscription utiliseront fréquemment le registre, un code d'accès permanent et sécurisé pourra leur être attribué après l'ouverture d'un compte auprès du registre, ce qui évitera de devoir répéter les procédures d'identification lors d'inscriptions ultérieures. Par ailleurs, l'efficacité du processus d'inscription n'est pas compromise si l'identité de la personne procédant à l'inscription est demandée et conservée sans être vérifiée (voir recommandations 54, al. d), et 55, al. b); voir également le *Guide*, chap. IV, par. 48).

9. Les sanctions supplémentaires que chaque État pourra adopter pour protéger les constituants contre des inscriptions non autorisées dépendent de son estimation de l'étendue du risque d'inscription non autorisée ou frauduleuse par rapport aux coûts qu'entraînerait l'application de mesures de cette nature (voir le *Guide*, chap. IV, par. 20). Une solution possible serait de tenir la personne procédant à une inscription non autorisée responsable des préjudices subis par la personne désignée dans l'inscription comme le constituant et lui infliger des sanctions pénales ou pécuniaires s'il est établi qu'elle a agi de mauvaise foi ou avec l'intention de nuire au constituant.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: L'article correspondant dans le projet de règlement type est l'article 12.*]

## C. Inscription anticipée

10. L'inscription anticipée est l'inscription d'un avis avant la constitution d'une sûreté ou la conclusion d'une convention constitutive de sûreté. Dans le cadre du système d'inscription d'avis envisagé dans le *Guide* (voir A/CN.9/WG.VI/WP.48, par. 61 à 67), la personne procédant à l'inscription n'est pas tenue d'inscrire les documents afférant à la sûreté proprement dits. Seules sont inscrites les informations de base contenues dans l'avis qui suffisent pour informer un tiers effectuant une recherche que les biens décrits peuvent être grevés par une sûreté (voir recommandation 57). Cette approche permet une inscription anticipée et le *Guide* recommande qu'une telle inscription soit expressément autorisée par la loi (voir recommandation 67). Ainsi, l'inscription anticipée ne peut être dénoncée comme sans effet au seul motif qu'elle a eu lieu avant la constitution de la sûreté ou la conclusion de la convention constitutive de sûreté. Toutefois, ainsi que mentionné plus haut dans la section B, l'inscription anticipée exigerait, pour produire effet, l'autorisation ultérieure du constituant.

11. L'inscription anticipée en elle-même ne garantit cependant pas au créancier garanti que son rang sera nécessairement plus élevé que celui d'autres catégories de réclamants concurrents. Comme expliqué au chapitre II (voir A/CN.9/WG.VI/WP.48, par. 44), l'inscription n'emporte pas constitution d'une sûreté réelle mobilière et n'est pas nécessaire pour constituer une telle sûreté (voir également la recommandation 33). Par conséquent, jusqu'à ce que la convention constitutive de sûreté soit effectivement conclue et qu'il soit satisfait aux autres exigences concernant la constitution d'une sûreté, le créancier garanti peut se voir primer par un réclamant concurrent, par exemple un acheteur qui acquiert des droits sur les biens grevés entre l'inscription anticipée et la constitution de la sûreté.

12. Si les négociations sont rompues après la réalisation de l'inscription et si aucune convention constitutive de sûreté n'est conclue entre les parties, la confiance dans la solvabilité de la personne désignée dans l'avis comme le constituant peut en pâtir à moins que l'inscription ne soit radiée. On peut limiter ce risque ainsi que, d'une manière générale, celui d'inscriptions non autorisées: a) en demandant au créancier garanti (ou, en cas de registre électronique, au système de registre) d'informer rapidement de l'inscription le constituant désigné dans l'avis (voir recommandation 55, al. c)); b) en imposant au créancier garanti de faire radier un avis dans certains cas (voir recommandation 72, al. a)); et c) en prévoyant une procédure judiciaire ou administrative simplifiée permettant au constituant désigné dans l'avis de faire imposer la radiation de l'avis. Si une convention constitutive de sûreté est conclue après l'inscription mais que ses conditions ne correspondent pas au contenu de l'avis inscrit, la personne désignée dans celui-ci comme le constituant peut demander la modification de l'avis (voir recommandations 54, al. d), et 72, al. b) et c), ainsi que le document A/CN.9/WG.VI/WP.48/Add.2, par. 15 à 21).

[*Note à l'intention du Groupe de travail: L'article correspondant dans le projet de règlement type est l'article 12.*]

## D. Caractère suffisant d'un avis unique

13. Selon la loi recommandée dans le *Guide*, l'inscription d'un avis unique suffit pour assurer l'opposabilité d'une ou de plusieurs sûretés, qu'elles existent au moment de l'inscription ou soient constituées ultérieurement, et qu'elles découlent d'une ou de plusieurs conventions constitutives de sûreté conclues entre les mêmes parties (voir recommandation 68). Toutefois, l'inscription ne continue à produire effet que dans la mesure où la description des biens dans l'avis correspond à leur description dans une convention constitutive de sûreté nouvelle ou modifiée. Par exemple, si une nouvelle convention constitutive porte sur de nouveaux biens ou de nouvelles catégories de biens non décrits dans l'inscription initiale, une nouvelle inscription ou une modification sera nécessaire. La priorité d'une sûreté grevant des biens qui n'ont pas été décrits au préalable dans un avis inscrit ne remonterait qu'à la date d'inscription d'un nouvel avis ou d'une modification.

14. Dans le cadre d'un système d'inscription d'avis tel que celui envisagé dans le *Guide*, en vertu duquel la convention constitutive de sûreté ne doit pas nécessairement figurer dans un avis (voir recommandation 57), il n'existe aucune raison pour laquelle un avis unique ne suffirait pas à assurer l'opposabilité de sûretés actuelles ou futures découlant de multiples conventions constitutives conclues par les mêmes parties. Le fait d'exiger que chaque avis soit spécifiquement lié à une convention constitutive de sûreté particulière se traduirait par des coûts inutiles et compromettrait la capacité du créancier garanti de réagir avec souplesse à l'évolution des besoins financiers du constituant sans craindre de perdre son rang de priorité obtenu lors de la première inscription.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: L'article correspondant dans le projet de règlement type est l'article 13.*]

## E. Informations requises dans un avis

15. Selon la loi recommandée dans le *Guide*, seules les informations suivantes doivent figurer dans un avis: a) l'identifiant du constituant ainsi que son adresse; b) l'identifiant du créancier garanti ou de son représentant, ainsi que leur adresse; c) une description du bien; d) la durée de l'inscription, si la loi permet aux parties de la choisir; et e) le montant monétaire maximum pour lequel le créancier garanti peut réaliser la sûreté, si la loi le permet (voir recommandation 57). Les paragraphes suivants traitent de chacun des éléments qui doivent figurer dans un avis.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: L'article correspondant dans le projet de règlement type est l'article 17.*]

### 1. Informations concernant le constituant

#### a) Généralités

16. Comme expliqué précédemment (voir A/CN.9/WG.VI/WP.48, par. 65 à 67), les informations qui figurent dans les avis sont indexées en fonction de l'identifiant du constituant et non en fonction du bien grevé ou d'autres informations requises dans l'avis. Pour garantir qu'une recherche dans le registre révèle la totalité des sûretés qui pourraient avoir été accordées par une personne, les règles applicables à

l'inscription devraient indiquer clairement que l'identifiant du constituant doit figurer dans l'avis.

17. Selon la loi recommandée dans le *Guide* (voir recommandation 58), toutes les règles applicables à l'inscription devraient indiquer de façon explicite ce qui constitue l'identifiant correct du constituant. L'objectif de ces règles devrait être de permettre à un créancier garanti d'être sûr que son inscription prendra effet juridiquement et aux personnes qui consultent le registre de se fier aux résultats de leurs recherches.

18. Il est fréquent qu'une personne constitue une sûreté sur ses propres biens pour garantir une obligation dont est redevable un tiers débiteur. Étant donné que la fonction de l'inscription est de révéler la possible existence d'une sûreté sur les biens décrits dans l'avis, les règles applicables au processus d'inscription devraient indiquer clairement que les informations requises sont l'identifiant et l'adresse du constituant qui est propriétaire des biens grevés ou possède des droits à leur égard et non ceux du débiteur de l'obligation garantie (ou d'un simple garant de l'obligation dont est redevable le débiteur).

**b) Personnes physiques par opposition aux personnes morales**

19. Dans le cadre du registre général des sûretés envisagé dans le *Guide*, les informations figurant dans les avis seraient conservées dans un fichier centralisé et unifié (voir A/CN.9/WG.VI/WP.46/Add.2, par. 48 et 49). Ainsi, si le *Guide* prévoit des règles distinctes pour ce qui est de l'identifiant du constituant selon qu'il s'agit d'une personne physique ou morale (voir recommandations 59 et 60), tous les avis seraient conservés dans un registre unique indépendamment de cette distinction (voir le *Guide*, chap. IV, par. 21 à 24).

20. Cela a aussi des répercussions sur le processus d'inscription et de recherche. Dans les systèmes de registre où il est fait une distinction entre les constituants qui sont des personnes physiques et ceux qui sont des personnes morales (et où les recherches séparées sont donc possibles), la personne qui procède à l'inscription est tenue d'indiquer, lors de l'inscription, si le constituant est une personne physique ou une personne morale dans le champ relatif à la catégorie du constituant. En pareil cas, il est également essentiel que les personnes qui consultent le registre en comprennent le fonctionnement car une recherche effectuée dans le fichier du registre au moyen de l'identifiant d'une personne physique ne révélera pas une sûreté dont le constituant est une personne morale ayant le même identifiant.

**c) Identifiant des personnes physiques**

21. Selon les recommandations du *Guide*, si le constituant est une personne physique, l'élément permettant de l'identifier pour que l'inscription produise effet devrait être son nom tel qu'il figure dans un document officiel déterminé (voir recommandation 59). En outre, lorsqu'elles sont nécessaires pour bien individualiser le constituant (par exemple, lorsque le nom du constituant est courant), des informations supplémentaires, comme la date de naissance ou le numéro de carte d'identité, devraient être exigées. Selon la loi recommandée dans le *Guide*, les règles applicables au processus d'inscription devraient indiquer clairement qu'il incombe à la personne procédant à l'inscription (et non au registre) de saisir l'identifiant correct du constituant conformément à ces règles.

22. Comme l'illustre le tableau suivant, on pourrait, dans une règle visant à mettre en œuvre cette approche, donner des exemples afin de tenir compte des situations particulières de différentes catégories de constituants (il incombe à la personne procédant à l'inscription de saisir, dans l'ordre et dans le champ appropriés, l'identifiant correct du constituant conformément à ces règles).

| **Situation du constituant** | **Identifiant du constituant** |
|---|---|
| Né dans l'État adoptant | [1)] Nom qui figure sur le certificat de naissance ou sur un document officiel équivalent<br>[2) Numéro d'identification personnel] |
| Né dans l'État adoptant sans que sa naissance y ait été déclarée | 1) Nom qui figure sur le passeport en cours de validité<br>2) À défaut de passeport, nom qui figure sur un document officiel équivalent (par exemple permis de conduire)<br>3) À défaut de passeport ou de document officiel équivalent, nom qui figure sur le passeport étranger en cours de validité délivré par l'État de résidence habituelle |
| Né dans l'État adoptant mais le nom qui lui a été donné à la naissance a été modifié ultérieurement conformément à la législation sur le changement de nom | Nom qui figure sur un certificat de naissance ou sur un document officiel équivalent (tel qu'un certificat de mariage) |
| N'est pas né dans l'État adoptant mais a obtenu la nationalité de cet État par naturalisation | Nom qui figure sur le certificat de nationalité ou sur un document officiel équivalent |
| N'est pas né dans l'État adoptant et n'a pas la nationalité de cet État | 1) Nom qui figure sur un passeport en cours de validité délivré par les autorités de l'État dont le constituant a la nationalité<br>2) À défaut de passeport étranger en cours de validité, nom qui figure sur le certificat de naissance ou sur un document officiel équivalent délivré au lieu de naissance du constituant |
| Aucune des situations ci-dessus | Nom tel qu'il figure sur deux documents officiels délivrés par l'État adoptant, à condition que le nom soit identique (par exemple, permis de conduire un véhicule automobile en cours de validité et carte d'assurance médicale délivrée par les autorités publiques en cours de validité) |

23. Il importe tout autant de posséder des règles claires qui précisent quels éléments du nom figurant dans le document officiel sont exigés et dans quel ordre ils doivent apparaître (par exemple, le nom de famille suivi par le premier prénom puis par le deuxième). En outre, il faudrait traiter individuellement les différentes

parties qui constituent le nom; chacune devrait faire l'objet d'un champ et il faudrait éviter de les regrouper en un seul élément. Il convient toutefois de noter que les éléments du nom ne sont pas précisés dans tous les documents officiels. Il faudrait aussi donner des indications pour les cas exceptionnels (par exemple, lorsque le nom du constituant est réduit à un seul mot).

24. Dans de nombreux États, plusieurs personnes peuvent avoir le même nom, de sorte qu'une recherche sous ce nom peut afficher plusieurs constituants homonymes. Comme mentionné plus haut (voir par. 21), le *Guide* recommande que, lorsqu'elles sont nécessaires pour bien individualiser le constituant, des informations supplémentaires, comme la date de naissance ou le numéro de carte d'identité, devraient être exigées (si le système de registre est ainsi conçu, des informations supplémentaires pourraient dans d'autres cas figurer dans un avis pour autant que la personne qui procède à l'inscription le juge utile). C'est en fonction de trois considérations principales que l'on pourra dire s'il convient d'indiquer un numéro d'identification (code alphanumérique ou autre) dans un avis. Premièrement, le système de délivrance des numéros d'identification est-il suffisamment universel et fiable pour garantir l'attribution à chaque personne physique d'un numéro unique (et également permanent car, dans le cas inverse, des règles ayant trait aux modifications seraient nécessaires)? Deuxièmement, les règles d'ordre public de l'État adoptant autorisent-elles la divulgation au public des numéros d'identification octroyés à ses nationaux et résidents? Troisièmement, existe-t-il une source documentaire ou d'une autre nature permettant aux tiers effectuant une recherche de vérifier avec objectivité si un numéro d'identification particulier correspond au constituant visé? La fiabilité peut faire défaut si la personne qui consulte le registre doit se fier uniquement aux déclarations du constituant quant au numéro d'identification. Si les conditions susmentionnées sont remplies, l'utilisation d'un numéro d'identification serait un moyen idéal de bien individualiser les constituants. Toutefois, comme indiqué plus haut, le *Guide* recommande que des informations supplémentaires, telles qu'un numéro d'identification, ne soient utilisées que lorsqu'elles sont nécessaires pour bien individualiser un constituant (voir recommandation 59).

25. Même s'il est possible d'utiliser un numéro d'identification pour bien individualiser un constituant, il faudra malgré tout inclure des règles supplémentaires afin de tenir compte des cas où le constituant n'est ni un ressortissant, ni un résident de l'État adoptant ou, pour toute autre raison, n'a pas obtenu un numéro d'identification (à moins qu'un État considère comme suffisant le numéro qui figure sur un passeport délivré par un autre État pour identifier les ressortissants étrangers).

[*Note à l'intention du Groupe de travail: L'article correspondant dans le projet de règlement type est l'article 18.*]

### d) Identifiant des personnes morales

26. Selon la recommandation du *Guide*, si le constituant est une personne morale, l'élément permettant de l'identifier correctement pour que l'inscription produise effet est le nom qui figure dans ses documents constitutifs (voir recommandation 60). Pratiquement tous les États tiennent un registre public commercial ou d'entreprises pour consigner les informations au sujet des personnes morales constituées en vertu de leur droit, y compris leur nom. Par conséquent,

l'identifiant exigé aux fins de l'inscription et des recherches devrait être le nom tel qu'il figure sur le fichier public constitutif de la personne morale. Les règles qui régissent l'inscription devraient déterminer s'il faut considérer une abréviation indiquant le type d'organisme ou d'entité comme une partie de l'identifiant. Il convient également de noter que, dans de nombreux États, lors de l'inscription dans ledit registre, un numéro d'inscription unique et fiable est attribué à chaque personne morale, et il peut aussi être utilisé pour identifier le constituant.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être se demander s'il conviendrait d'ajouter le texte suivant au commentaire et au projet de règlement type: "Si le document constitutif d'une personne morale comprend plusieurs variantes du nom (telles que 'The ABC inc.', 'ABC Inc.' ou encore 'ABC'), les règles devraient indiquer que l'identifiant du constituant est son nom tel qu'il figure dans le champ 'nom du constituant' dudit document."*]

27. Il faudrait élaborer des règles supplémentaires pour tenir compte des cas où la personne morale a été constituée dans un État étranger, en particulier lorsque le nom ou le numéro d'inscription figurant sur le registre public de l'État concerné pourrait être utilisé comme l'identifiant de la personne morale dans l'État adoptant.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: L'article correspondant dans le projet de règlement type est l'article 19.*]

**e) Autres catégories de constituant**

28. Les règles qui régissent l'inscription devraient également comporter des lignes directrices supplémentaires au sujet de l'élément exigé pour identifier le constituant lorsque celui-ci n'appartient précisément ni à la catégorie des personnes physiques, ni à celle des personnes morales. Le tableau ci-dessous présente les types de situations dont il faudra tenir compte et donne des exemples d'identifiants possibles.

| Catégorie de constituant | Identifiant du constituant |
|---|---|
| Succession d'une personne physique ou administrateur agissant pour le compte de la succession | Identifiant de la personne décédée, déterminé conformément aux règles applicables aux constituants qui sont des personnes physiques en précisant, dans un champ distinct, que le constituant est une succession ou un administrateur agissant pour le compte de la succession |
| Personne physique insolvable agissant par l'intermédiaire d'un représentant de l'insolvabilité | Identifiant de la personne physique insolvable, déterminé conformément aux règles applicables aux constituants qui sont des personnes physiques en précisant, dans un champ distinct, que le constituant est insolvable |
| Personne morale insolvable agissant par l'intermédiaire d'un représentant de l'insolvabilité | Identifiant de la personne morale insolvable, déterminé conformément aux règles applicables aux constituants qui sont des personnes morales en précisant, dans un champ distinct, que le constituant est insolvable |

| | |
|---|---|
| Syndicat qui n'a pas le statut de personne morale | Nom du syndicat tel qu'il apparaît dans ses documents constitutifs [et, au besoin, informations complémentaires, telles que le(s) nom(s) de chaque personne représentant le syndicat dans l'opération, déterminées conformément aux règles applicables aux constituants qui sont des personnes physiques] |
| Fiducie ou fiduciaire agissant au nom de la fiducie, le nom de cette dernière étant précisé dans son document constitutif | Nom de la fiducie tel qu'il apparaît dans ses documents constitutifs en précisant, dans un champ distinct, que le constituant est une "fiducie" ou un "fiduciaire" |
| Fiducie ou fiduciaire agissant au nom de la fiducie, le nom de cette dernière n'étant pas précisé dans son document constitutif | Nom du fiduciaire déterminé conformément aux règles applicables aux constituants qui sont des personnes physiques ou des personnes morales selon le cas, en précisant, dans un champ distinct, que le constituant est une "fiducie" ou un "fiduciaire" |
| Le constituant fait partie d'une personne morale qui est un consortium ou une coentreprise | Nom du consortium ou de la coentreprise tel qu'il apparaît dans ses documents constitutifs [et, au besoin, informations complémentaires telles que le nom de chaque personne qui en fait partie, déterminées conformément aux règles applicables aux constituants qui sont des personnes physiques ou des personnes morales selon le cas] |
| Le constituant fait partie d'une personne morale autre qu'un consortium ou une coentreprise | Nom de la personne morale tel qu'il apparaît dans ses documents constitutifs [et, au besoin, informations complémentaires telles que le nom de chaque personne physique représentant la personne morale dans l'opération sur laquelle porte l'inscription, déterminées conformément aux règles applicables aux constituants qui sont des personnes physiques] |
| Toute autre entité qui n'est ni une personne physique ni une personne morale déjà susmentionnée | Nom de l'entité tel qu'il apparaît dans ses documents constitutifs [et, au besoin, informations complémentaires telles que le nom de chaque personne physique représentant l'organisme dans l'opération sur laquelle porte l'inscription, déterminées conformément aux règles applicables aux constituants qui sont des personnes physiques] |

29. Dans le cas d'une entreprise individuelle, même si celle-ci peut être exploitée sous un autre nom commercial que celui du propriétaire, les règles en matière d'inscription prévoient généralement que l'identifiant du constituant est le nom du propriétaire déterminé conformément aux règles applicables aux constituants qui

sont des personnes physiques. Le nom de l'entreprise individuelle n'est pas fiable et peut être modifié à tout moment par le propriétaire. Il peut toutefois être saisi dans l'avis en tant que constituant supplémentaire.

30. Comme noté plus haut, les systèmes d'inscription électronique d'avis devraient être conçus de façon à permettre à la personne procédant à l'inscription de choisir la désignation appropriée dans un champ réservé à la catégorie du constituant (par exemple succession, personne insolvable, fiducie, fiduciaire) au lieu de la saisir dans le champ réservé au nom du constituant. Une autre possibilité serait que l'avis comporte un champ ou une rubrique dans laquelle la personne procédant à l'inscription devrait saisir la désignation appropriée.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: L'article correspondant dans le projet de règlement type est l'article 20. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander s'il conviendrait de présenter les règles prévues à l'article 20 comme des exemples ou s'il suffirait de les mentionner dans le commentaire (voir par. 22 et 28 ci-dessus).*]

**f) Adresse du constituant**

31. Alors que, selon la loi recommandée dans le *Guide*, l'adresse du constituant ne fait pas partie de l'identifiant de ce dernier (recommandation 59), au besoin (par exemple, lorsque le nom du constituant est courant; voir recommandation 59), elle devrait aussi être exigée dans l'avis afin de bien individualiser le constituant. L'adresse du constituant fait partie des éléments exigés dans l'avis (voir recommandation 57, al. a)) pour: a) permettre à la personne procédant à l'inscription (ou, en cas de registre électronique, au système de registre) de transmettre des copies des avis inscrits au constituant (voir recommandation 55, al. c) et d)); et b) permettre aux personnes qui consultent le registre sans avoir préalablement traité avec le constituant de prendre contact avec lui afin d'obtenir des informations complémentaires.

32. Certains États n'exigent pas que l'adresse du constituant soit indiquée lorsque des considérations de sécurité personnelle dictent que son adresse ne soit pas révélée dans un registre mis à la disposition du public (bien que cette question puisse être réglée par l'utilisation d'une boîte postale ou d'une adresse similaire autre que celle de la résidence). Dans ces États, les parties intéressées doivent contacter le créancier garanti (dont l'adresse doit être mentionnée dans l'avis) pour obtenir des informations supplémentaires concernant le constituant, s'ils ne traitent pas déjà avec lui.

33. Il importe de noter que l'adresse du constituant joue, dans les systèmes où l'élément exigé pour identifier le constituant est unique (par exemple, un numéro d'identification émis par les autorités publiques), un rôle moindre que dans les systèmes où le nom du constituant sert d'identifiant et où une recherche peut révéler plusieurs sûretés accordées par différents constituants ayant le même nom (voir par. 24 et 25 ci-dessus).

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si un examen des différents types d'adresses énoncés dans la définition du mot "adresse" (voir le document A/CN.9/WG.VI/WP.48/Add.3) devrait figurer dans le commentaire et, dans l'affirmative, donner des orientations au Secrétariat à cet égard.*]

### g) Informations concernant le constituant et incidences des erreurs

34. La loi recommandée dans le *Guide* prévoit que l'inscription d'un avis n'a effet que si celui-ci identifie correctement le constituant ou, en cas d'indication incorrecte, si une recherche dans le fichier du registre à partir de l'identifiant correct permet de retrouver l'avis (voir recommandation 58). De ce fait, un identifiant erroné indiqué par la personne procédant à l'inscription pourrait priver d'effet l'inscription, ce qui rendrait la sûreté inopposable. La règle applicable précise que le critère devrait être non pas de savoir si l'erreur est apparemment mineure ou dénuée d'importance en théorie mais de déterminer si elle ferait échouer la recherche des informations dans le fichier du registre à partir de l'identifiant correct. Cela tient au fait que l'identifiant du constituant est le critère de recherche utilisé pour retrouver les informations consignées dans un avis et saisies dans le fichier du registre. Ce critère est objectif puisque: a) même si une personne consultant le registre sait qu'une sûreté existe et qu'elle a été inscrite, la recherche sera infructueuse si l'avis pertinent ne peut être retrouvé en consultant le fichier du registre à partir de l'identifiant correct du constituant; et b) l'inscription n'a pas d'effet indépendamment de la question de savoir si l'erreur a effectivement causé un préjudice à la personne qui conteste l'efficacité de l'inscription.

35. La loi recommandée dans le *Guide* ne prévoit pas les conséquences d'une erreur dans les informations supplémentaires concernant le constituant qui ne font pas partie de l'identifiant de celui-ci, par exemple une erreur dans l'adresse ou la date de naissance. Les règles applicables à l'inscription et à la recherche devraient comporter des indications à ce sujet. Par analogie au critère général recommandé dans le *Guide* quant aux erreurs de saisie des informations concernant les créanciers garantis, les règles devraient préciser qu'une erreur commise dans la saisie d'informations supplémentaires au sujet du constituant qui ne sont pas un identifiant ne prive pas d'effet un avis inscrit sauf si elle induit gravement en erreur une personne raisonnable effectuant une recherche (voir recommandation 64). Par exemple, si le résultat de la recherche révèle un grand nombre de constituants portant tous le même nom et que l'erreur dans la saisie d'informations supplémentaires relatives au constituant est tellement grave qu'une personne raisonnable effectuant une recherche est convaincue que le constituant concerné ne figure pas sur la liste, un avis mentionnant ce constituant peut être jugé sans effet.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si, lorsque des informations supplémentaires sur le constituant sont exigées afin de bien individualiser celui-ci et qu'elles font donc partie de l'identifiant requis (par exemple, lorsque le nom du constituant est très courant), les règles applicables en cas d'erreur dans l'identifiant du constituant (voir recommandation 58) devrait s'appliquer à une erreur apparaissant dans les informations supplémentaires concernant ce dernier.*]

36. Dans les systèmes de registre qui conservent dans une base de données électronique les informations indiquées dans les avis, la logique de recherche peut être programmée de manière à afficher des correspondances proches de l'identifiant du constituant saisi par la personne effectuant la recherche. Dans un tel système, on peut considérer qu'une inscription produit effet même si la personne qui procède à l'inscription a fait une erreur mineure en saisissant l'identifiant correct du constituant. Il en est ainsi parce qu'une personne qui consulte le registre et saisit correctement l'identifiant du constituant serait capable de retrouver l'inscription

(avec l'erreur) et considérerait comme probable que le constituant dont l'identifiant apparaît parmi les résultats, en tant que correspondance inexacte mais proche, est bien le constituant recherché. Cela dépendra de certains facteurs tels que la question de savoir si: a) une personne raisonnable qui consulte le registre pourrait identifier facilement le constituant recherché au moyen d'autres renseignements, comme l'adresse, la date de naissance ou un numéro d'identification; b) la liste des correspondances inexactes est tellement longue que la personne qui consulte le registre ne peut déterminer si le constituant qu'elle recherche y figure; et c) les règles pour déterminer les correspondances "proches" sont suffisamment objectives et transparentes pour qu'une personne qui consulte le registre puisse se fier aux résultats de sa recherche.

37. Dans certains de ces systèmes de registre, la logique de l'indexation et de la recherche concernant les identifiants des constituants est programmée de façon à ne tenir compte ni des signes de ponctuation, caractères spéciaux et différences entre majuscules et minuscules, ni de certains mots ou abréviations qui ne contribuent pas à l'unicité de l'identifiant (par exemple les articles et les indications du type d'entreprise telles que "société", "société de personnes", "SARL" et "SA"). Lorsque c'est le cas, une erreur de saisie de ce type de renseignement ne privera pas l'inscription d'effet puisqu'on peut la retrouver malgré tout.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: L'article correspondant dans le projet de règlement type est l'article 25.*]

### 2. Informations concernant le créancier garanti et incidences des erreurs

38. La loi recommandée dans le *Guide* exige l'inclusion, dans l'avis présenté au registre, de l'identifiant du créancier garanti ou de son représentant ainsi que leur adresse (voir recommandation 57, al. a)).

39. Les règles d'identification qui s'appliquent au constituant devraient également s'appliquer au créancier garanti ou à son représentant. Toutefois, puisque l'identifiant du créancier garanti ou de son représentant n'est pas un critère de recherche, l'efficacité de l'inscription ne dépend pas d'une rigoureuse exactitude. Ainsi, une erreur dans l'identifiant du créancier garanti ne devrait pas être traitée de la même façon qu'une erreur dans l'identifiant du constituant.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si, dans un système de registre où les constituants sont identifiés par des numéros d'identification personnels (code alphanumérique ou autre), le créancier garanti devrait malgré tout être identifié par son nom.*]

40. Par conséquent, conformément à l'approche recommandée dans le *Guide*, une erreur commise par la personne procédant à l'inscription dans l'identifiant du créancier garanti ou de son représentant ou dans leur adresse ne prive d'effet l'inscription que si elle peut gravement induire en erreur une personne raisonnable effectuant une recherche (voir recommandation 64). Par exemple, si le créancier garanti est identifié dans l'avis en tant que banque AAA et que la recherche dans le registre affiche un résultat qui n'inclut pas la banque AAA, l'avis inscrit n'est pas nécessairement privé d'effet (la banque AAA peut avoir changé de nom, avoir fusionné avec une autre banque ou avoir été vendue). Il importe toujours néanmoins d'être exact au fond puisque les personnes qui consultent le registre se fient à l'identifiant du créancier garanti ou de son représentant et à leur adresse tels qu'ils

figurent dans le fichier du registre aux fins de l'envoi des avis en vertu de la loi sur les opérations garanties (par exemple un avis de disposition extrajudiciaire d'un bien grevé; voir recommandations 149 à 151). En outre, le constituant peut avoir besoin de ces informations pour soumettre une demande par écrit au créancier garanti en vue de faire radier ou de modifier un avis (recommandation 72, al. a)).

[*Note à l'intention du Groupe de travail: L'article correspondant dans le projet de règlement type est l'article 21.*]

### 3. Description des biens grevés

#### a) Généralités

41. Selon la loi recommandée dans le *Guide*, pour qu'un avis ait effet, il doit comporter une description des biens sur lesquels porte l'inscription (voir recommandation 57, al. b)). L'avis donne ainsi des renseignements objectifs aux tiers réalisant des opérations avec des biens du constituant (comme des créanciers garantis et des acheteurs éventuels, des créanciers judiciaires et le représentant de l'insolvabilité du constituant).

42. En outre, dans la loi recommandée dans le *Guide*, une description des biens grevés est généralement jugée suffisante, aux fins de l'efficacité tant d'une convention constitutive de sûreté que d'une inscription, pour autant qu'elle identifie suffisamment les biens grevés (voir recommandations 14, al. d), et 63). Par exemple, si les biens grevés sont des œuvres d'art spécifiques dans une galerie, il suffira d'indiquer le titre du tableau, le nom du peintre et l'année de la création. En revanche, si les biens grevés appartiennent à une catégorie générique de biens, il peut suffire d'indiquer "ensemble d'huiles sur toile" ou "ensemble de sculptures". Ainsi, les règles régissant l'inscription devraient explicitement indiquer que la description des biens grevés figurant dans un avis peut être spécifique ou générique pour autant qu'elle soit suffisamment précise pour les identifier (par exemple, "tous les biens meubles du constituant" ou "l'ensemble des stocks et des créances du constituant"). Les règles pourraient aussi préciser qu'une description renvoyant à l'ensemble des biens d'une catégorie de biens génériques ou à l'ensemble des biens d'un constituant est supposée désigner les biens futurs de cette catégorie sur lesquels le constituant pourra acquérir des droits pendant la durée d'effet de l'inscription.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: L'article correspondant dans le projet de règlement type est l'article 22.*]

#### b) Exigences pour la description des biens portant un numéro de série

43. Un petit nombre de biens meubles font l'objet d'un marché secondaire important (par exemple, véhicules automobiles, remorques, maisons mobiles, fuselages et moteurs d'aéronefs, matériel roulant ferroviaire, bateaux et moteurs de bateaux). Ces types de biens meubles sont généralement dénommés "biens porteurs de numéros de série" (voir la définition de ce terme dans l'article premier du projet de règlement type contenu dans le document A/CN.9/WG.VI/WP.48/Add.3). Selon la loi recommandée dans le *Guide*, la personne procédant à l'inscription peut indiquer un numéro de série et le type du bien dans la description des biens grevés figurant dans l'avis pour autant que le bien soit suffisamment identifiable (voir recommandations 14, al. d), 57, al. b) et 63). Si une telle description était

nécessaire, cependant, cela limiterait la capacité d'un créancier garanti de rendre opposable une sûreté sur les biens futurs du constituant portant un numéro de série au moyen d'une seule inscription (dans laquelle les biens concernés ne seraient décrits que de façon générale). Le créancier garanti devrait effectuer une nouvelle inscription ou modifier la description des biens grevés figurant dans son inscription existante afin de consigner le numéro de série de chaque nouveau bien acquis par le constituant.

44. C'est pourquoi une indication du numéro de série des biens n'est généralement pas requise lorsque ceux-ci font partie des stocks du constituant. Une description générique des biens grevés par le terme "stocks" est suffisante pour permettre aux personnes qui consultent le registre d'identifier suffisamment les biens grevés. En outre, la difficulté que peut éprouver le créancier garanti du bénéficiaire du transfert d'un bien grevé à trouver des sûretés constituées par le cédant (le problème "A-B-C-D") ne se manifeste pas dans le cas de stocks puisque les acheteurs qui acquièrent des stocks dans le cours normal des affaires du constituant initial prennent les stocks libres de la sûreté en tout état de cause (voir recommandation 81, al. a)).

45. Lorsque le numéro de série et le type de bien sont des éléments exigés dans l'avis, il conviendrait de prendre en compte les conséquences du défaut de leur utilisation (s'agissant en particulier de l'opposabilité de la sûreté lorsque le numéro de série ou le type de bien ne sont pas indiqués dans l'avis ou en cas d'erreur). En outre, il faudrait concevoir le registre de façon à ce que le numéro de série et le type de bien puissent être indiqués sur les avis (puis être utilisés pour l'indexation).

46. Dans certains États, une description générique dans un avis devrait suffire pour rendre la sûreté opposable. L'inscription du numéro de série serait en général uniquement exigée pour préserver le droit du créancier garanti de suivre le bien entre les mains de l'acheteur ou du preneur à bail s'il est vendu ou donné à bail par le constituant initial. En d'autres termes, il ne serait pas nécessaire d'inclure le numéro de série pour rendre la sûreté opposable à d'autres catégories de réclamants concurrents, y compris les créanciers garantis et les créanciers chirographaires du constituant ainsi que son représentant de l'insolvabilité. Dans certains États, outre une description générique, l'inscription d'un numéro de série est exigée pour que le créancier garanti puisse conserver son rang de priorité fondé sur le moment de l'inscription, par rapport à un créancier garanti ultérieur qui constitue une sûreté sur un bien portant un numéro de série qui est inclus dans la catégorie générique visé par la description générique moyennant l'inscription d'un numéro de série. Toutefois, même dans ces États, une description générique demeure suffisante pour assurer l'opposabilité face aux créanciers chirographaires et au représentant de l'insolvabilité du constituant, et pour conserver la priorité face à un créancier garanti ultérieur qui n'a pas inclus un numéro de série dans son inscription.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Les articles correspondants dans le projet de règlement type sont les articles 23 et 25-2. Le Groupe de travail voudra peut-être conserver l'article 23 sans crochets car il n'y a pas d'incompatibilité avec le Guide en ce qui concerne l'obligation de décrire les biens grevés par leur numéro de série et leur type, si cela est nécessaire pour les rendre suffisamment identifiables (voir recommandation 63). Cela étant, le Groupe de travail voudra peut-être se demander si l'article 25-2 ne devrait être conservé que si des numéros de série sont prévus comme critères d'indexation. Si le numéro de série fait simplement partie de la description éventuelle d'un bien grevé, le paragraphe 2 de*

*l'article 25 pourrait être supprimé car les paragraphes 3 et 4 seraient suffisants pour traiter les erreurs commises dans le numéro de série et le type de bien dans la description des biens grevés.*]

**c) Description du produit**

47. En cas de disposition des biens grevés par le constituant, la loi recommandée dans le *Guide* permet au créancier garanti de revendiquer une sûreté automatique sur tout bien identifiable reçu au titre des biens grevés, sauf convention contraire des parties (voir recommandation 19 et le terme "produit" dans l'introduction du *Guide*, sect. B). Dans ce cas, la question se pose de savoir si l'opposabilité de la sûreté sur les biens grevés à l'origine s'étend automatiquement à la sûreté sur le produit ou si le créancier garanti doit prendre des mesures supplémentaires pour s'assurer de l'opposabilité de sa sûreté sur le produit.

48. Lorsque le produit consiste en espèces (par exemple, argent ou droit à paiement), le *Guide* recommande que l'opposabilité d'une sûreté antérieurement inscrite sur les biens initialement grevés se maintienne automatiquement sur le produit. Il en va de même lorsque le produit relève d'une catégorie déjà visée par la description des biens initialement grevés dans l'avis inscrit (par exemple, la description couvre "tous les biens meubles corporels" et le constituant échange un bien d'équipement contre un autre; voir recommandation 39).

49. Par contre, lorsque le produit ne revêt pas la forme d'espèces et n'entre pas non plus dans la description incluse dans l'avis existant, selon la loi recommandée dans le *Guide*, le créancier garanti doit modifier son inscription peu de temps après que naît le produit, en y ajoutant une description de celui-ci afin de préserver l'opposabilité et le rang de priorité de sa sûreté sur le produit à partir de la date de l'inscription initiale (voir recommandation 40). Il est nécessaire de modifier l'inscription car, sinon, un tiers ne pourrait pas identifier les catégories de biens en la possession du constituant qui pourraient constituer le produit en question. Par conséquent, le registre devrait être conçu de façon à permettre au créancier garanti d'inscrire un avis de modification pour couvrir le type de bien représenté par le produit.

**d) Description de biens grevés attachés à un bien immeuble**

50. Comme pour tout autre type de bien, un bien meuble corporel qui est ou sera un bien attaché à un bien immeuble devrait être décrit de façon à être suffisamment identifiable (voir recommandations 14, al. d), 57, al. b) et 63). Une description générique du bien n'aura pas d'incidence sur l'indexation de l'avis dans le registre général (qui s'appuie sur l'indexation par constituant), mais elle pourra en avoir une sur l'indexation dans le registre immobilier (qui s'appuie sur l'indexation par bien). De ce fait, si l'avis doit être inscrit dans le registre immobilier, la description du bien doit être suffisante pour permettre l'indexation de l'avis dans ledit registre. En outre, si le constituant de la sûreté sur le bien n'est pas le propriétaire du bien immeuble, l'avis doit également identifier le propriétaire du bien si une telle identification est nécessaire aux fins de l'indexation de l'avis dans le registre immobilier.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: L'article correspondant dans le projet de règlement type est l'article 24.*]

### e) Description du bien et incidences des erreurs

*i) Généralités*

51. Selon la loi recommandée dans le *Guide*, si la personne procédant à l'inscription omet d'inclure un bien ou un certain type de bien dans l'avis, la sûreté constituée sur un bien ou type de bien omis risque de ne pas être opposable. Toutefois, étant donné que les avis inscrits au registre général des sûretés sont habituellement indexés et recherchés par référence à l'identifiant du constituant, la loi recommandée dans le *Guide* prévoit qu'une erreur mineure dans la description du bien grevé ne prive pas d'effet l'avis inscrit sauf si elle induit gravement en erreur une personne raisonnable effectuant une recherche (voir recommandation 64). En outre, selon la loi recommandée dans le *Guide*, si la personne procédant à l'inscription ne satisfait pas aux exigences prévues dans ce contexte, l'inscription est privée d'effet uniquement en ce qui concerne les biens en question, et la sûreté grevant les autres biens qui ont été décrits de façon suffisante demeure opposable (voir recommandation 65).

52. En outre, dans la mesure où elle permet d'identifier suffisamment les biens grevés, selon la loi recommandée dans le *Guide*, une description globale, trop large, est autorisée (voir recommandations 14, al. d), et 63). Comme c'est le cas pour les inscriptions anticipées (voir par. 10 à 12), cette approche permet aux parties de conclure de nouvelles conventions constitutives de sûreté grevant des biens supplémentaires, futurs ou renouvelables à mesure que les besoins financiers du constituant évoluent sans devoir effectuer une nouvelle inscription puisque le créancier garanti peut se fonder sur l'inscription existante tant pour l'opposabilité que pour la priorité. Dans ce cas, la description appropriée des biens grevés peut soulever des questions si l'avis renvoie à une catégorie générique alors que la convention constitutive de sûreté conclue ou envisagée par les parties ne couvre que certains éléments dans la catégorie concernée. Ainsi, l'avis pourra faire référence aux biens grevés par la formule "tous les biens meubles corporels", alors que la convention constitutive de sûreté pertinente ne couvrira que certains biens d'équipement spécifiquement désignés. Quoi qu'il en soit, une description trop large dans l'avis doit être autorisée par le constituant (voir recommandation 71). Autrement, ce dernier aurait généralement le droit de demander au créancier garanti ou, si celui-ci ne donnait pas suite en temps voulu à sa demande, à une autorité administrative ou judiciaire à travers une procédure administrative ou judiciaire simplifiée, la radiation ou la modification de l'avis pour qu'il reflète fidèlement les biens grevés effectivement couverts par la convention constitutive existant entre les parties (voir recommandation 72 et A/CN.9/WG.VI/WP. 48/Add.2, par. 17 à 21).

*ii) Description et erreur dans la description de biens porteurs de numéros de série*

53. Comme cela a déjà été mentionné, il peut être nécessaire de décrire dans l'avis les biens porteurs de numéros de série en indiquant le numéro de série et le type de bien si cela est indispensable pour les rendre suffisamment identifiables (voir recommandations 14, al. d), 57, al. d) et 63). Si tel est le cas, toute erreur dans le numéro de série et le type de bien devrait être traitée de la même manière que n'importe quelle autre erreur apparaissant dans la description du bien. Cela signifie d'une manière générale qu'une erreur mineure dans le numéro de série ne prive pas d'effet l'avis inscrit sauf si elle induit gravement en erreur une personne raisonnable effectuant une recherche (voir recommandation 64). Si le numéro de série est

considéré comme un critère d'indexation et de recherche, une analogie pourrait être établie avec la recommandation du *Guide* applicable lorsque l'identifiant du constituant dans l'avis est incorrect ou insuffisant. En conséquence, un avis indiquant un numéro de série incorrect n'aurait d'effet que s'il pouvait être retrouvé par une recherche dans le fichier du registre à partir du numéro de série correct (voir recommandation 58 et par. 38 à 40 ci-dessus).

54. Si l'identifiant du constituant et le numéro de série du bien grevé devaient être traités comme critères d'indexation et de recherche il faudrait alors les saisir correctement dans l'avis pour que l'inscription de celui-ci produise effet (à moins que le numéro de série soit uniquement traité en tant qu'information supplémentaire nécessaire pour décrire les biens grevés dans certains cas seulement; voir recommandation 59). Par conséquent, s'il y avait une erreur dans l'identifiant du constituant ou dans le numéro de série et qu'il ne soit pas possible de retrouver l'avis par une recherche effectuée à partir de l'identifiant correct du constituant ou du numéro correct de série, l'inscription de cet avis serait privée d'effet ou encore la sûreté en question pourrait avoir un rang de priorité inférieure par rapport à celle de réclamants concurrents (par exemple, bénéficiaires ou preneur à bail du bien grevé s'il est transféré ou donné à bail par le constituant initial).

[*Note à l'intention du Groupe de travail: L'article correspondant dans le projet de règlement type est l'article 25-2.*]

### 4. Durée et prorogation de l'inscription

#### a) Généralités

55. Le *Guide* propose deux approches au choix à un État adoptant pour déterminer la durée de l'inscription (voir recommandation 69). Selon la première approche, la loi devrait préciser que toutes les inscriptions ont une durée légale standard. Dans ce cas, le créancier garanti devrait veiller à ce que l'inscription soit renouvelée avant d'arriver à expiration. Une telle approche peut donner des certitudes quant à la durée de l'inscription mais elle limite la liberté des parties de s'entendre sur une durée d'inscription plus longue au-delà de la durée légale. Selon la seconde approche, la loi devrait permettre à la personne procédant à l'inscription d'en choisir librement la durée. Dans ce cas, la mention de la durée serait une composante requise de l'avis et, sans elle, tout avis serait refusé. Dans les systèmes juridiques qui adoptent cette seconde approche, il peut être souhaitable de fixer pour les droits d'inscription un tarif proportionnel à la durée choisie par la personne procédant à l'inscription, de manière à dissuader celle-ci de choisir une durée excessive qui ne correspondrait pas à la durée de la convention constitutive de sûreté sous-jacente.

56. Bien qu'elles ne soient pas toutes envisagées dans le *Guide* (voir *Guide*, chap. IV, par. 87 et 88), il existe également d'autres options. Selon une de ces options, il ne faudrait pas fixer de durée limitée pour l'inscription d'un avis, afin que celle-ci puisse continuer de produire effet jusqu'au moment de sa radiation. Selon une autre option, il faudrait pouvoir choisir librement la durée, mais en fixant une règle de rattachement subsidiaire concernant la durée légale, dans les cas où la durée n'aurait pas été choisie librement par la personne procédant à l'inscription. Selon une troisième option, également fondée sur le libre choix de la durée, la personne procédant à l'inscription pourrait choisir la durée mais dans une certaine

limite, de manière à la dissuader de choisir une durée excessive (pour la dernière option, voir le *Guide*, chap. IV, par. 88).

57. Dans les systèmes juridiques qui adoptent l'approche du libre choix de la durée de l'inscription, il serait également souhaitable de concevoir le registre de façon à ce que le créancier garanti puisse facilement choisir et indiquer dans l'avis la durée désirée sans risquer de commettre une erreur par inadvertance, par exemple en limitant le choix à des années entières à partir de la date de l'inscription.

58. Indépendamment de l'approche adoptée par un État pour choisir la durée de l'inscription, selon la loi recommandée dans le *Guide*, l'opposabilité d'une sûreté se maintient après la durée fixée, à condition que la sûreté ait été rendue opposable par une autre méthode avant la caducité (voir recommandation 46). Tel serait le cas, par exemple, si un créancier garanti inscrivait un avis de modification prorogeant la durée de l'inscription ou prenait possession des biens grevés avant la caducité. Toutefois, si un délai était fixé au terme duquel la sûreté cessait d'être opposable, l'opposabilité de cette sûreté ne pourrait ensuite qu'être rétablie, auquel cas elle prendrait effet à compter de la date à laquelle elle a été rétablie (voir recommandations 47 et 96). Le rétablissement exigerait l'inscription d'un nouvel avis initial portant sa propre date et heure d'inscription.

**b) Durée de l'inscription et incidence d'une erreur**

59. Les États doivent également examiner l'incidence sur l'efficacité de l'inscription d'une indication incorrecte de sa durée par la personne procédant à l'inscription. Le *Guide* recommande qu'une telle erreur ne prive pas l'inscription d'effet (voir recommandation 66). Toutefois, cette recommandation est soumise à une importante condition, à savoir que les tiers qui se sont fiés à cette indication soient protégés (s'agissant de la protection du constituant contre des inscriptions non autorisées, y compris une déclaration non autorisée de la durée de l'inscription dans l'avis, voir les paragraphes 3 à 9 ci-dessus).

60. En conséquence, lorsque la personne procédant à l'inscription indique une durée supérieure à celle prévue, la protection des tiers n'est pas aussi importante car ceux-ci ne pâtiraient pas du fait de s'être fiés à une déclaration incorrecte. L'avis inscrit attirera toujours leur attention sur la possible existence d'une sûreté et sur le fait qu'ils peuvent prendre des mesures pour se protéger contre ce risque. Étant donné que rien, dans le fichier du registre, n'indiquerait que le créancier garanti avait eu l'intention de saisir une durée inférieure, les personnes qui consultent le registre ne seraient en aucune manière trompées par l'erreur commise par le créancier garanti lors de la saisie d'une durée plus longue que celle prévue. Par conséquent, l'erreur quant à la durée indiquée dans l'avis inscrit ne devrait pas priver d'effet l'inscription. Toutefois, lorsque la sûreté sur laquelle porte l'avis est en fait éteinte (par exemple, en raison du paiement de l'obligation garantie et de la fin de tout engagement de crédit), le constituant peut demander au créancier garanti de modifier ou de faire radier l'avis pour tenir compte de la durée exacte. Si le créancier garanti ne le fait pas au terme d'un certain nombre de jours spécifié dans la loi après réception de la demande écrite du constituant, celui-ci peut demander la modification ou la radiation de l'avis par une procédure judiciaire ou administrative simplifiée (voir recommandation 72, al. a) et b)).

61. Toutefois, lorsque la durée légale ou la durée que la personne procédant à l'inscription a saisie est plus courte que celle souhaitée, l'inscription devient caduque à la fin de la durée spécifiée et la sûreté ne sera plus opposable à moins d'avoir été rendue opposable par une autre méthode avant la caducité (voir recommandation 46). Comme cela a été mentionné, le créancier garanti peut rétablir l'opposabilité, mais celle-ci ne prendra effet qu'à compter de la date à laquelle elle a été rétablie (voir recommandations 47 et 96).

[*Note à l'intention du Groupe de travail: L'article correspondant dans le projet de règlement type est l'article 11.*]

### 5. Montant maximum pour lequel la sûreté peut être réalisée

#### a) Généralités

62. Le *Guide* prévoit que, pour faciliter l'octroi de prêts subordonnés, certains États peuvent exiger que soit indiqué dans l'avis le montant monétaire maximum pour lequel la sûreté peut être réalisée (voir recommandation 57, al. d); pour une indication correspondante de ce montant dans la convention constitutive de sûreté, voir la recommandation 14, al. d)). Dans ces États, le montant maximum doit être saisi dans un champ particulier de l'avis, sous forme soit de chiffres, soit de lettres, soit les deux. Certains États autorisent également la personne procédant à l'inscription à indiquer ou à choisir à partir d'un menu la monnaie dans laquelle le prêt a été consenti.

63. Par ailleurs, le *Guide* relève qu'une approche tout aussi valable consiste à éviter d'indiquer dans l'avis ce montant maximum de manière à faciliter l'octroi de crédits par le créancier garanti initial (voir le *Guide*, chap. IV, par. 92 à 97). Il reconnaît ainsi que ces deux approches présentent des avantages et recommande que les États adoptent celle qui correspond le mieux aux bonnes pratiques de financement en vigueur chez eux, en particulier aux pratiques du marché du crédit qui sous-tendent chacune de ces approches (voir recommandation 57, al. d)).

64. Dans les régimes d'opérations garanties qui exigent qu'une déclaration du montant maximum pour lequel la sûreté peut être réalisée soit insérée dans l'avis, les conséquences juridiques d'une différence entre le montant maximum indiqué dans l'avis et le montant réellement dû doivent être prises en compte. Si le montant maximum spécifié dans l'avis est supérieur au montant réellement dû au moment de la réalisation, le créancier garanti a le droit de réaliser sa sûreté uniquement à concurrence du montant réellement dû. Dans le cas contraire, lorsque le montant maximum spécifié dans l'avis est inférieur à celui réellement dû, le créancier garanti peut réaliser sa sûreté uniquement à concurrence du montant maximum spécifié (et il peut exercer toute voie de droit qui s'offre à un créancier chirographaire pour le solde restant dû). Toutefois, s'il n'y a pas d'autre réclamant concurrent, le créancier garanti sera en mesure de réaliser sa sûreté à concurrence du montant réellement dû. Quel que soit le cas, si le montant réellement dû ou le montant maximum spécifié dans l'avis est supérieur au montant indiqué dans la convention constitutive de sûreté, le créancier garanti ne pourra réaliser sa sûreté qu'à concurrence de ce dernier montant.

65. L'exemple suivant illustre le but de cette approche. Une entreprise a un bien dont la valeur marchande estimée est de 100 000 dollars. Elle fait une demande de crédit permanent à concurrence de 50 000 dollars (y compris le capital, les intérêts

et les frais). Le créancier est disposé à accorder le prêt à condition d'obtenir une sûreté sur le bien. Le constituant accepte mais étant donné que le montant maximum du prêt spécifié dans la convention constitutive de sûreté et dans l'avis n'est que de 50 000 dollars et que la valeur du bien s'élève à 100 000 dollars, le constituant peut souhaiter conserver la possibilité d'obtenir ultérieurement un autre prêt garanti auprès d'un autre créancier au moyen d'une sûreté sur le même bien en se fondant sur sa valeur résiduelle. Généralement, la règle du premier inscrit dissuaderait ce créancier ultérieur d'accorder un prêt par crainte que le premier prêteur accorde à l'avenir des prêts excédant la somme initiale de 50 000 dollars, pour lesquels il serait prioritaire en vertu de cette règle. En exigeant que soit précisée la valeur maximale de réalisation de la sûreté, le créancier garanti ultérieur peut, dans cet exemple, être certain que le créancier garanti inscrit en premier ne pourra réaliser sa sûreté pour un montant supérieur à 50 000 dollars (y compris le capital, les intérêts et les frais), la valeur résiduelle pouvant alors être utilisée pour le désintéresser en cas de défaillance du constituant.

66. D'autres régimes d'opérations garanties n'exigent pas que le montant maximum pour lequel la sûreté peut être réalisée soit spécifié dans l'avis. Cette approche repose sur l'hypothèse que: a) le premier créancier garanti inscrit est soit la source optimale de financement à long terme, soit plus susceptible d'octroyer un financement, notamment aux jeunes entreprises de petite taille, s'il sait qu'il conservera sa priorité à l'égard de tout financement subséquent accordé au constituant; b) le constituant n'aura pas un pouvoir de négociation suffisant pour obtenir du premier créancier garanti inscrit qu'il indique un montant maximum réaliste dans l'avis (le créancier garanti insistera plutôt sur l'inclusion d'un montant maximum gonflé pour couvrir tous les crédits susceptibles d'être octroyés dans le futur et le constituant ne sera généralement pas en mesure de refuser); et c) un créancier ultérieur auquel le constituant demande un financement peut être en mesure de négocier un accord de cession de rang avec le premier créancier garanti inscrit pour le crédit octroyé sur la base de la valeur résiduelle que le bien grevé aura au moment considéré. Cette dernière approche pourrait cependant limiter l'accès du constituant au crédit provenant de sources autres que le premier créancier garanti inscrit même lorsque ses biens ont une valeur résiduelle importante excédant tout crédit octroyé ou pouvant l'être par le premier créancier garanti inscrit.

### b) Montant monétaire maximum et incidences des erreurs

67. Conformément à l'approche adoptée dans les États qui prévoient déjà cette exigence, le *Guide* recommande qu'une indication incorrecte, dans un avis inscrit, du montant maximum pour lequel une sûreté peut être réalisée ne prive pas d'effet cet avis (voir recommandation 66), sous réserve, là encore, que les tiers qui se sont fiés à cette indication incorrecte du montant monétaire maximum soient protégés. Ainsi, lorsque le montant maximum indiqué dans l'avis est supérieur au montant maximum convenu dans la convention constitutive de sûreté ou au montant réellement dû, il n'est pas nécessaire de protéger les tiers, car leur décision d'octroyer des fonds sera normalement fonction du montant indiqué dans l'avis. Il convient de noter que le constituant serait également protégé dans ce cas, car il pourrait demander au créancier garanti ou, si celui-ci ne donnait pas suite en temps voulu à sa demande, à une autorité judiciaire ou administrative à travers une procédure simplifiée, de corriger le montant indiqué dans l'avis, de manière à ce

qu'il puisse obtenir un financement garanti par la valeur résiduelle du bien grevé (voir recommandation 72).

68. Toutefois, lorsque le montant maximum indiqué dans l'avis est inférieur au montant maximum convenu dans la convention constitutive de sûreté ou au montant réellement dû, un tiers qui se fie au montant maximum spécifié dans l'avis (dans le but d'accorder un crédit garanti en partant de l'hypothèse qu'il pourra réaliser sa sûreté sur toute valeur résiduelle du bien dépassant le montant indiqué dans l'avis) devrait être protégé. De même, un créancier judiciaire qui intente une action en exécution fondée sur le fait qu'il pense que la valeur du bien excédant celle indiquée sur l'avis sera disponible pour satisfaire à l'exécution du jugement devrait aussi être protégé. Pour protéger les intérêts des tiers, il faut limiter le droit du créancier garanti de réaliser sa sûreté à concurrence du montant maximum erroné qu'il a spécifié dans l'avis inscrit. (En ce qui concerne les droits du créancier de réclamer le montant réellement dû, voir par. 63 ci-dessus.)

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le seul article correspondant dans le projet de règlement type est l'article 25, mais il pourrait être nécessaire de formuler des règles distinctes pour les erreurs concernant la durée de l'inscription et le montant maximum, en s'inspirant de la recommandation 66 du Guide.*]

# A/CN.9/WG.VI/WP.48/Add.2 (Original: anglais)

## Note du Secrétariat concernant le projet de guide sur le registre des sûretés réelles mobilières, soumise au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa vingtième session

ADDITIF

### TABLE DES MATIÈRES


| | | *Paragraphes* |
|---|---|---|
| IV. | Règles applicables au processus d'inscription et de recherche (*suite*) | 1-49 |
| | F. Moment de prise d'effet de l'inscription | 1-4 |
| | G. Modification de l'inscription | 5-21 |
| | 1. Informations générales | 5-7 |
| | 2. Changement de l'identifiant du constituant | 8-9 |
| | 3. Transfert d'un bien grevé | 10-11 |
| | 4. Renonciation à la priorité | 12 |
| | 5. Cession de l'obligation garantie et transfert de la sûreté réelle mobilière | 13-15 |
| | 6. Ajout de biens nouvellement grevés | 16 |
| | 7. Prorogation de la durée d'une inscription | 17-18 |
| | 8. Correction en cas de caducité ou de radiation erronée | 19-20 |
| | 9. Modification globale des informations relatives à un créancier garanti dans plusieurs avis | 21 |
| | H. Radiation ou modification d'un avis | 22-28 |
| | 1. Radiation ou modification obligatoire | 22-26 |
| | 2. Radiation ou modification volontaire | 27 |
| | 3. Conséquences de l'expiration, de la radiation ou de la modification | 28 |
| | I. Copie de l'avis d'inscription, de modification ou de radiation | 29-31 |
| | J. Recherches | 32-44 |
| | 1. Droit d'effectuer des recherches | 32-35 |
| | 2. Critères de recherche | 36-43 |
| | 3. Résultats de la recherche | 44 |
| | K. Langue de l'inscription et de la recherche | 45-47 |
| | L. Droit du constituant à des informations supplémentaires | 48-49 |
| V. | Conception, administration et fonctionnement du registre | 50-86 |
| | A. Introduction | 50 |
| | B. Fichier électronique ou fichier papier | 51-53 |

C. Fichier centralisé et unifié . . . . . 54-55
D. Accès des utilisateurs aux services du registre . . . . . 56-59
E. Considérations touchant à la conception et à l'exploitation . . . . . 60-81
1. Informations générales . . . . . 60
2. Création d'une équipe chargée de la mise en place . . . . . 61
3. Responsabilité de la conception et de l'exploitation . . . . . 62
4. Capacité de stockage . . . . . 63
5. Programmation . . . . . 64-68
6. Réduction du risque d'erreur . . . . . 69
7. Perte de données, accès non autorisé et duplication non autorisée . . . . . 70
8. Rôle du personnel du registre et responsabilité . . . . . 71-73
9. Responsabilité pour perte ou dommage subis par le créancier garanti ou le tiers effectuant une recherche . . . . . 74-75
10. Frais d'inscription et de recherche . . . . . 76-78
11. Financement des coûts d'acquisition initiale, de développement et de fonctionnement . . . . . 79-80
12. Éducation et formation . . . . . 81
F. Transition . . . . . 82-85
G. Résolution des litiges . . . . . 86

# IV. Règles applicables au processus d'inscription et de recherche (*suite*)

## F. Moment de prise d'effet de l'inscription

1. Étant donné le rôle que le moment de la prise d'effet de l'inscription joue dans la détermination de la priorité d'une sûreté réelle mobilière, il est essentiel qu'une date et une heure d'inscription soient attribuées à chaque avis concernant une sûreté. Cependant, si le système du registre permet de soumettre les avis sur papier, il faudra un certain temps au personnel du registre pour transposer dans le fichier du registre les informations contenues dans l'avis. Se pose donc la question de savoir si la date et l'heure de la prise d'effet de l'inscription devraient être celles de la réception de l'avis papier par le registre ou celles où les informations données dans l'avis, saisies par le personnel du registre dans le fichier du registre, deviennent accessibles aux personnes effectuant une recherche.

2. Si la première solution est retenue, il y aura un décalage entre le moment de la prise d'effet de l'inscription et celui où les informations deviennent accessibles aux personnes effectuant une recherche dans le fichier du registre. Celles-ci seraient alors exposées à un risque en ce qui concerne la priorité, leurs droits étant

subordonnés à des droits déjà inscrits mais ne leur étant pas encore accessibles (en supposant que le registre traite toujours les avis dans l'ordre dans lequel il les reçoit). Dans certains systèmes juridiques, la solution retenue consiste à attribuer au résultat de la recherche une "date de validité" précisant que la recherche rend compte de l'état des inscriptions dans le fichier du registre à cette date seulement (par exemple, la veille) et non à celle de la recherche. Après avoir inscrit sa sûreté, un créancier garanti potentiel doit donc effectuer une deuxième recherche pour s'assurer qu'aucune autre sûreté n'a été inscrite entre-temps, avant de pouvoir avancer des fonds. De même, les acheteurs potentiels et autres tiers doivent effectuer une recherche ultérieure avant de se séparer d'une valeur ou d'accomplir tout autre acte en se fiant au fichier du registre.

3. En conséquence, la meilleure approche est que le système du registre donne effet à l'inscription à compter du moment où les informations ont bien été saisies dans le fichier du registre de manière à être accessibles aux personnes effectuant une recherche. Le *Guide* recommande cette approche (voir recommandation 70). Dans les États où les informations de l'avis sont saisies dans un fichier informatisé (directement par la personne procédant à l'inscription ou par le personnel du registre saisissant les informations soumises sur papier par cette personne), le logiciel du registre devrait être programmé en vue de ce résultat. Il peut se produire, même si c'est très peu probable, que des avis soient inscrits par des créanciers garantis concurrents à l'encontre du même constituant aux mêmes date et heure. Pour résoudre le problème d'opposabilité et de priorité que cela poserait, le système du registre peut être conçu pour attribuer à chaque avis un numéro d'ordre inclus dans le numéro d'inscription ou accompagnant celui-ci.

4. L'approche décrite au paragraphe précédent n'élimine pas le problème du décalage mais fait simplement reposer sur la personne procédant à l'inscription la responsabilité de s'assurer que les informations figurant sur l'avis papier ont bien été saisies dans le fichier du registre et peuvent y être recherchées. Le système du registre devrait donc être conçu pour permettre à la personne procédant à l'inscription de saisir elle-même les informations dans le fichier du registre accessible au public en utilisant n'importe quel ordinateur – le sien, celui d'un prestataire de services ou celui installé dans une succursale du registre (voir la discussion sur l'accès au fichier du registre, chap. V ci-dessous). Même ainsi, il pourrait y avoir un décalage entre le moment où les informations sont saisies dans le fichier du registre et celui où elles deviennent accessibles aux personnes effectuant une recherche. Cependant, cette approche offrirait aux créanciers garantis un certain contrôle sur la rapidité et l'efficacité avec lesquelles leurs inscriptions prendraient effet, puisque les progrès technologiques devraient éliminer virtuellement tout décalage entre le moment de la soumission de l'avis et l'instant précis où les données saisies dans le fichier du registre deviennent accessibles aux personnes effectuant une recherche.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que l'article pertinent du projet de règlement type est l'article 10.*]

## G. Modification de l'inscription

### 1. Informations générales

5. Les informations saisies dans le fichier du registre peuvent devoir être modifiées à la suite d'une modification de la relation entre le créancier garanti et le constituant. Cela se fait généralement au moyen d'un avis indiquant les modifications à apporter aux informations figurant dans le fichier du registre (sauf erreur faite par le registre lors de la saisie d'informations dans le fichier du registre, il n'y a aucun moyen d'éditer l'avis une fois inscrit, toute modification devant se faire au moyen d'un avis ultérieur, voir recommandation 72). Une modification peut être nécessaire par exemple pour ajouter, modifier ou supprimer des informations dans le fichier du registre ou renouveler la période d'effet d'un avis.

6. Normalement, la modification ne consiste pas à supprimer les informations inscrites et à les remplacer par de nouvelles informations mais à ajouter celles-ci aux informations initiales, de sorte qu'une personne effectuant une recherche puisse trouver et examiner aussi bien les informations inscrites initialement que celles inscrites ultérieurement. Ni les personnes procédant à l'inscription ni le personnel du registre ne peuvent remplacer les informations inscrites, et les systèmes de registre devraient être conçus en conséquence.

7. Pour effectuer une modification, la personne procédant à l'inscription doit saisir certaines informations dans le champ de l'avis prévu à cet effet (par exemple, le numéro d'inscription de l'avis visé par la modification, l'objet de la modification, les nouvelles informations et l'identifiant du créancier garanti autorisant la modification). Comme les informations figurant dans l'avis initial, celles figurant dans l'avis de modification soumis par la personne procédant à l'inscription ne sont ni vérifiées ni modifiées quant au fond par les personnes administrant le registre, celui-ci n'étant que le dépositaire des informations qu'il reçoit (l'effet juridique de ces informations est déterminé par les règles de droit matériel régissant les opérations garanties).

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que l'article pertinent du projet de règlement type est l'article 26.*]

### 2. Changement de l'identifiant du constituant

8. Une modification de l'identifiant du constituant indiqué dans l'avis inscrit (due par exemple à un changement de nom) peut porter atteinte à la fonction de publicité de l'inscription du point de vue des tiers qui traitent avec le constituant après ce changement, étant donné qu'une recherche effectuée dans le registre à l'aide du nouvel identifiant peut ne pas aboutir à l'avis initial. Après tout, l'identifiant du constituant est le principal critère d'indexation et de recherche et, du moins dans le cas d'une nouvelle inscription après le changement de nom, une recherche à partir du nouveau nom ne permettra pas de retrouver une sûreté inscrite sous l'ancien nom. Il convient de noter que, dans un système de registre utilisant un numéro d'identification au lieu du nom comme identifiant du constituant, de telles questions se poseront probablement moins puisque le numéro d'identification est par nature permanent et non susceptible d'être modifié.

9. Les règles relatives à l'inscription devraient donc permettre au créancier garanti de saisir l'identifiant du nouveau constituant au moyen d'un avis de modification. Le défaut de soumission d'une modification ne doit pas rendre la sûreté généralement ou rétroactivement inopposable aux tiers, mais ceux d'entre eux qui traitent avec le constituant après la modification de son identifiant et avant l'inscription de cette modification devraient être protégés. Les règles applicables devraient donc disposer que si le créancier garanti n'inscrit pas l'avis de modification dans un bref "délai de grâce" (par exemple, 15 jours) après la modification de l'identifiant, sa sûreté ne sera pas opposable aux acheteurs, preneurs à bail, preneurs de licence et autres créanciers garantis réalisant des opérations avec le bien grevé entre la modification de l'identifiant du constituant et l'inscription de la modification. Le *Guide* recommande cette approche (voir recommandation 61). Les règles applicables devraient préciser si le délai de grâce commence à compter de la date de la modification ou de celle à laquelle le créancier garanti a effectivement pris connaissance de celle-ci. Il convient également de préciser ce qui constitue une modification de l'identifiant, en particulier dans le contexte des fusions de sociétés, et l'effet d'une absence de modification dans ces circonstances.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la question de savoir s'il convient de compléter le texte de l'article 26 du projet de règlement type en y traitant de la modification visant à indiquer un changement de l'identifiant du constituant.*]

### 3. Transfert d'un bien grevé

10. Lorsqu'un constituant transfère, loue ou met sous licence un bien grevé, la sûreté suit généralement le bien entre les mains du bénéficiaire du transfert (voir recommandation 79). Dans un tel cas, une recherche effectuée dans le registre avec l'identifiant du bénéficiaire du transfert, preneur à bail ou preneur de licence ne permettra pas de retrouver la sûreté inscrite sous l'identifiant du constituant (auteur du transfert, bailleur ou donneur de licence). Pour protéger les tiers réalisant une opération avec le bien grevé se trouvant entre les mains du bénéficiaire du transfert, le système du registre devrait permettre au créancier garanti de soumettre un avis de modification (ou un nouvel avis) pour inscrire l'identifiant et l'adresse du bénéficiaire du transfert, preneur à bail ou preneur de licence en tant que nouveau constituant.

11. Le *Guide* recommande que la loi sur les opérations garanties traite de l'incidence du transfert d'un bien grevé sur l'efficacité de l'inscription (voir recommandation 62). La loi sur les opérations garanties devrait donc régler la question de savoir si et dans quelle mesure une telle modification est nécessaire pour préserver l'opposabilité de la sûreté aux réclamants ayant acquis des droits entre-temps. Certains États adoptent une règle équivalente à celle applicable à une modification de l'identifiant du constituant (voir recommandation 61 et par. 8 et 9 ci-dessus). Dans cette approche, le fait de ne pas modifier l'inscription pour indiquer l'identifiant du bénéficiaire du transfert ne rend pas la sûreté inopposable en général. Cependant, si le créancier garanti n'inscrit pas la modification dans un bref "délai de grâce" (par exemple, 15 jours) après le transfert, sa sûreté ne sera pas opposable aux acheteurs, preneurs à bail, preneurs de licence et autres créanciers garantis réalisant des opérations avec le bien grevé après le transfert et avant

l'inscription de la modification. D'autres États adoptent une approche similaire avec une réserve importante: le "délai de grâce" accordé au créancier garanti pour inscrire la modification ne commence à courir qu'à partir du moment où celui-ci prend effectivement connaissance du transfert. Dans d'autres États encore, cette modification est purement optionnelle et le fait de ne pas y procéder n'affecte ni l'opposabilité ni la priorité de la sûreté (voir le *Guide*, chap. IV, par. 78 à 80).

### 4. Renonciation à la priorité

12. Dans la loi recommandée dans le *Guide*, un réclamant concurrent prioritaire peut à tout moment renoncer unilatéralement ou conventionnellement à sa priorité en faveur de tout autre réclamant concurrent existant ou futur (voir recommandation 94). Rien n'oblige le créancier garanti renonçant ni le bénéficiaire de la renonciation à modifier l'avis inscrit pour y faire état de cette renonciation. Cependant, dans certains cas, le créancier garanti renonçant ou le bénéficiaire de la renonciation voudront peut-être modifier le fichier du registre afin d'indiquer le rang de priorité de l'un par rapport à l'autre (et les biens visés, si la renonciation ne porte que sur certains biens). Dans un tel cas, le créancier garanti renonçant à sa priorité ou le bénéficiaire de la renonciation avec l'accord de celui-ci pourrait inscrire un avis de modification, sous réserve que la sûreté de ce créancier ait été rendue opposable par inscription. Le registre devrait donc être conçu de manière à permettre la modification de l'avis pour indiquer une telle renonciation. En tout état de cause, l'inscription de la renonciation n'est pas nécessaire, puisqu'elle ne touche que les droits du créancier garanti renonçant à sa priorité et le bénéficiaire de la renonciation, et qu'elle pourrait accroître le coût du système du registre dans la mesure où il faudrait y intégrer les fonctions correspondantes et élaborer des formules de modification.

### 5. Cession de l'obligation garantie et transfert de la sûreté réelle mobilière

13. Le créancier garanti peut céder l'obligation garantie. Le *Guide* recommande que, comme dans la plupart des systèmes juridiques, la sûreté suive l'obligation garantie en tant que droit accessoire, le cessionnaire de l'obligation devenant de fait le nouveau créancier garanti (voir recommandations 25 et 48). En cas de cession, le créancier garanti initial ne voudra généralement pas devoir continuer à répondre aux demandes d'information des personnes effectuant une recherche et le nouveau créancier garanti voudra s'assurer qu'il recevra les notifications ou autres communications concernant sa sûreté.

14. Le créancier garanti initial (cédant) ou le nouveau créancier garanti (cessionnaire) avec l'accord du créancier garanti initial devrait donc être autorisé à actualiser ou modifier dans le fichier du registre les informations concernant le créancier garanti afin qu'y apparaissent l'identifiant et l'adresse du nouveau créancier garanti. Cependant, selon l'approche recommandée dans le *Guide*, une modification ne devrait pas être requise pour ce qui est de protéger l'efficacité de l'inscription (voir recommandation 75). L'identifiant du créancier garanti n'étant pas un critère d'indexation et de recherche, les personnes effectuant une recherche ne seront pas matériellement induites en erreur par la modification de l'identité du créancier garanti. Cependant, si le nouveau créancier garanti n'inscrit pas la modification, le créancier garanti initial conservera le pouvoir de modifier le fichier en soumettant un avis de modification (voir le *Guide*, chap. IV, par. 111). En tout

état de cause, le système du registre devrait être conçu de sorte qu'un résultat de recherche affiche à la fois les informations relatives au créancier garanti initial et celles relatives au nouveau créancier, le cas échéant.

15. Un autre point concernant la cession de l'obligation garantie est que le créancier garanti est tenu de communiquer sur demande l'identité du cessionnaire. Selon la loi recommandée dans le *Guide*, la personne procédant à l'inscription d'un avis concernant la cession de l'obligation est tenue de transmettre une copie de l'avis au constituant (voir recommandation 55, al. c)). Cependant, qu'un tel avis soit inscrit ou non, le créancier garanti est tenu d'informer le constituant de la cession et de lui communiquer l'identité du cessionnaire sur demande.

### 6. Ajout de biens nouvellement grevés

16. Après la conclusion de la convention constitutive initiale, le constituant peut convenir d'octroyer une sûreté sur des biens supplémentaires non encore décrits dans l'avis inscrit. Dans de tels cas, la loi sur les opérations garanties et les règles relatives à l'inscription devraient permettre au créancier garanti de modifier l'avis initial pour y ajouter la description des biens nouvellement grevés ou d'inscrire un nouvel avis concernant ces biens (la seule différence étant que dans le premier cas, l'effet de l'avis de modification prendrait fin en même temps que l'avis initial, alors que dans le second cas, les deux avis auraient une date d'expiration distincte). Dans les deux cas, l'avis de modification ou le nouvel avis prend effet au moment de l'inscription (voir recommandation 70). Cette approche se justifie par le fait qu'une recherche effectuée par un tiers dans le fichier du registre avant l'inscription de l'avis de modification ou du nouvel avis ne permettrait pas de savoir qu'une sûreté a été octroyée sur les biens nouvellement grevés.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la question de savoir s'il faudrait inclure dans le commentaire un examen des modifications visant à supprimer des biens grevés ou des constituants (voir art. 26-6 du projet de règlement type).*]

### 7. Prorogation de la durée d'une inscription

17. La personne ayant procédé à une inscription peut devoir en proroger la durée avant qu'elle n'arrive à expiration. Les règles applicables à l'inscription devraient confirmer que la durée d'une inscription existante peut être prorogée par voie de modification à tout moment avant l'expiration de la période d'inscription (voir recommandation 69). Si une nouvelle inscription était exigée, cette exigence porterait atteinte au rang de priorité initial du créancier garanti et à la continuité de l'opposabilité de sa sûreté.

18. Comme on l'a vu précédemment, (voir A/CN.9/WG.VI/WP.48/Add.1, par. 55 à 58), plusieurs solutions peuvent être retenues par les États en ce qui concerne la durée d'une inscription (recommandation 69). Dans les États où la durée de l'inscription est fixée par la loi, la prorogation devrait être d'une durée égale à cette durée légale. Dans les États où la personne procédant à l'inscription est autorisée à choisir la durée de l'inscription, elle devrait aussi pouvoir choisir la durée de la prorogation, éventuellement sous réserve d'une limite supérieure. Par exemple, si elle a choisi une durée initiale de cinq ans, elle devrait être autorisée à choisir une prorogation de trois ans. Dans les États ne fixant pas de limite à la durée de

l'inscription, la prorogation est superflue, l'inscription ne perdant son effet que si elle est radiée.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que l'article pertinent du projet de règlement type est l'article 11.*]

### 8. Correction en cas de caducité ou de radiation erronée

19. Si un créancier garanti ne proroge pas la durée d'une inscription en temps voulu ou enregistre involontairement une mainlevée, il peut inscrire un nouvel avis concernant sa sûreté et en rétablir ainsi l'opposabilité. Cependant, selon la loi recommandée dans le *Guide*, l'opposabilité et la priorité de la sûreté ne remontent qu'à la date de la nouvelle inscription (voir recommandation 47). Le créancier garanti perdra la priorité par rapport à l'ensemble des réclamants concurrents, y compris ceux sur lesquels il était prioritaire avant la caducité ou la radiation, en vertu de la règle du "premier inscrit" (voir recommandation 96).

20. Certains États adoptent une approche plus souple. Le créancier garanti se voit accorder un bref délai de grâce après la caducité ou la radiation pour renouveler son inscription de manière à rétablir l'opposabilité et le rang de priorité de ses sûretés à compter de la date de l'inscription initiale. Cependant, même dans les États adoptant cette solution, la sûreté est inopposable ou subordonnée aux réclamants concurrents ayant acquis des droits sur les biens grevés ou avancé des fonds au constituant après la caducité ou la radiation et avant la nouvelle inscription.

### 9. Modification globale des informations relatives à un créancier garanti dans plusieurs avis

21. Le système de registre peut être conçu de manière à permettre au personnel du registre de retrouver des informations à l'aide de l'identifiant du créancier garanti. Il pourrait ainsi, par une seule modification globale, modifier efficacement les informations relatives au créancier garanti dans l'ensemble des avis associés au créancier garanti ou dans plusieurs d'entre eux, à la demande de la personne identifiée dans l'inscription comme le créancier garanti. Une seule modification globale serait particulièrement utile dans certains cas, tels qu'une fusion ou la modification du nom du créancier garanti. Une telle recherche ne pourrait être effectuée que par le personnel du registre, le nom du créancier garanti n'étant pas un critère de recherche (voir par. 34 à 37 ci-dessous).

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que l'article pertinent du projet de règlement type est l'article 27.*]

## H. Radiation ou modification d'un avis

### 1. Radiation ou modification obligatoire

22. Un avis peut ne pas ou ne plus correspondre à une relation financière existante ou envisagée entre le créancier garanti et le constituant identifiés dans l'inscription. Cela peut se produire lorsque après l'inscription, les négociations entre les parties ont été rompues ou que la relation financière représentée par l'inscription est arrivée à son terme. Dans ce cas, le fait que les informations subsistent dans le fichier du registre limitera la capacité de la personne identifiée comme le constituant de

vendre les biens décrits dans l'inscription ou de les grever d'une nouvelle sûreté. Cela est dû au fait qu'un acheteur ou un créancier garanti potentiels hésiteront à entrer en affaires avec la personne identifiée comme le constituant tant que l'inscription existante n'est pas radiée.

23. Normalement, la personne identifiée dans une inscription comme le créancier garanti sera disposée à inscrire un avis de radiation à la demande de la personne identifiée comme le constituant, si elle n'a pas acquis ou n'espère pas raisonnablement acquérir une sûreté sur les biens du constituant (voir recommandation 72, al. a)). Cependant, dans les cas où cette coopération se fait attendre, une procédure judiciaire ou administrative rapide et peu onéreuse devrait être mise en place pour permettre au constituant de demander la radiation de l'inscription. Le *Guide* recommande cette approche (voir recommandation 72, al. b)).

24. Des questions similaires se posent lorsqu'une inscription contient des informations inexactes pouvant nuire à la capacité de la personne identifiée comme le constituant de réaliser des opérations avec ses biens en faveur d'autres créanciers garantis ou d'acheteurs. Par exemple, la description des biens grevés contenue dans l'inscription peut comporter des éléments qui ne sont en fait pas ou plus couverts par une convention constitutive de sûreté existante ou envisagée, et concernant lesquels le constituant n'a d'aucune autre manière autorisé une description aussi large. Pour remédier à cette situation, la procédure devrait aussi habiliter la personne identifiée comme le constituant à demander la modification de l'avis de sorte qu'il reflète exactement l'état réel de la relation entre les parties (voir recommandation 72, al. b)). Dans le cas où le constituant a satisfait à une partie de l'obligation garantie lui donnant le droit de demander la libération de certains biens grevés, le créancier garanti devrait inscrire une modification supprimant ces biens de l'avis inscrit. S'il ne le fait pas, le constituant devrait avoir le droit de recourir à des procédures imposant la modification (voir recommandation 72, al. b)) mais pas une radiation. Il ne serait en droit de demander la radiation que dans les situations décrites ci-dessus (voir par. 22).

25. Les règles relatives à l'inscription devraient donc habiliter la personne identifiée dans un avis comme le constituant (ou en fait toute personne ayant un droit sur les biens décrits dans une inscription) à envoyer un avis écrit à la personne identifiée comme le créancier garanti aux fins de faire radier ou modifier l'avis, selon le cas, lorsque: a) une convention constitutive de sûreté n'a pas été conclue ou envisagée; b) la sûreté est éteinte du fait du paiement intégral ou pour une autre raison; ou c) le constituant n'a pas autorisé l'inscription.

26. La personne identifiée comme le créancier garanti devrait être tenue d'exécuter la demande dans un nombre de jours déterminé à compter de la réception de la demande écrite de la personne identifiée comme le constituant, faute de quoi celle-ci devrait être en droit de prier un tribunal ou toute autre autorité administrative d'ordonner la radiation ou la modification appropriée de l'avis, sauf s'il s'avère que les informations figurant dans le fichier du registre reflètent correctement la relation financière existant entre les parties et ont été autorisées par la personne identifiée comme le constituant. Dans les deux cas, les règles applicables à l'inscription devraient prévoir une procédure permettant à la personne identifiée comme le constituant, au tribunal ou à l'autorité administrative de soumettre un avis de radiation ou de modification, sous réserve de protections

appropriées du créancier garanti, telles que le droit d'être averti d'une telle procédure et de produire des éléments de preuve.

### 2. Radiation ou modification volontaire

27. Un créancier garanti devrait à tout moment pouvoir modifier ou radier un avis, dans la mesure appropriée. Une telle modification ou radiation nécessiterait l'autorisation du constituant, sauf lorsqu'il s'agit de la radiation d'un avis ou d'une modification due à une cession de l'obligation garantie, une renonciation ou un changement d'adresse du créancier garanti ou de son représentant. Généralement, le constituant autoriserait par un seul document l'inscription d'un avis initial et toute modification. Cette autorisation unique dispenserait le créancier de demander une autorisation pour chaque modification (comme par exemple la prorogation de la durée de l'inscription). C'est l'approche recommandée dans le *Guide* (voir les recommandations 71 et 73).

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que l'article pertinent du projet de règlement type est l'article 28.*]

### 3. Conséquences de l'expiration, de la radiation ou de la modification

28. Le registre ne peut supprimer des informations du fichier du registre accessible au public qu'à l'expiration de la durée de l'inscription ou en exécution d'une décision judiciaire ou administrative. Cependant, les informations figurant dans les avis radiés peuvent être conservées dans le fichier du registre avec l'avis de radiation. Ces avis peuvent être retirés du fichier du registre et archivés seulement jusqu'à l'expiration de la durée de l'inscription. Les informations retirées du fichier accessible au public doivent être archivées pendant une période suffisamment longue pour pouvoir être retrouvées si nécessaire, par exemple pour déterminer l'ordre de priorité entre certains réclamants concurrents à un certain moment dans le passé (voir recommandation 74).

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que l'article pertinent du projet de règlement type est l'article 15.*]

## I. Copie de l'avis d'inscription, de modification ou de radiation

29. Il est essentiel pour la personne procédant à l'inscription (et pour le créancier garanti) d'obtenir l'assurance que les informations figurant dans l'avis ont bien été saisies dans le fichier du registre et d'être informé de toute modification ultérieure. Dans ce contexte, il faudrait préciser que la personne procédant à l'inscription ne doit pas nécessairement être le créancier garanti mais peut être un représentant de celui-ci. Un représentant peut être identifié dans l'avis au lieu du créancier garanti ou en tant que personne procédant à l'inscription.

30. Selon l'approche recommandée dans le *Guide*, la personne procédant à l'inscription peut obtenir une trace de celle-ci dès qu'elle est saisie dans le fichier du registre; elle est alors tenue de transmettre une copie de l'avis au constituant (voir recommandation 55, al. e) et c)). Un manquement à cette obligation de la part de la personne procédant à l'inscription ne peut cependant entraîner que des sanctions mineures et la réparation de tout dommage avéré qui en résulte (voir

recommandation 55, al. c)). Un registre électronique pourrait être conçu de manière à pouvoir fournir automatiquement une trace de l'inscription sous la forme d'un accusé de réception d'un avis et envoyer une copie de l'avis à la personne identifiée dans l'avis comme le constituant.

31. Le registre est seulement tenu d'envoyer rapidement à la personne identifiée comme le créancier garanti dans l'avis inscrit une copie de toute modification apportée à celui-ci (voir recommandation 55, al. d)). Cette mesure importante permet au créancier garanti de prendre rapidement des dispositions pour se protéger en cas de radiation ou modification erronée. Ici encore, une telle mesure peut n'être utile que dans un système papier et ne pas s'avérer très pratique si le réseau postal n'est pas fiable. Dans le cas d'un registre électronique, le créancier garanti devrait pouvoir effectuer une recherche pour identifier les inscriptions ayant fait l'objet d'un avis de modification ou de radiation. Le système du registre peut également être programmé pour informer automatiquement de toute modification la personne identifiée dans l'avis comme le créancier garanti, probablement à l'aide de moyens de communication électroniques.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que l'article pertinent du projet de règlement type est l'article 29.*]

## J. Recherches

### 1. Droit d'effectuer des recherches

32. Selon l'approche recommandée dans le *Guide*, pour remplir sa fonction de publicité, le registre général des sûretés doit être accessible au public et l'utilisateur devrait pouvoir effectuer une recherche sans avoir à la justifier (voir recommandation 54, al. f) et g)).

33. Aux fins de protection de la vie privée, certains États exigent que les personnes effectuant une recherche prouvent au personnel du registre qu'elles ont un motif valable de consulter le fichier du registre. Le *Guide* ne recommande pas cette approche car le registre général des sûretés vise à permettre aux tiers qui envisagent d'acquérir un droit sur un bien particulier (notamment par la vente, la constitution d'une sûreté ou l'exécution d'un jugement) ou à d'autres parties qui ont besoin d'informations sur les sûretés pouvant grever les biens d'une personne (telles que le représentant de l'insolvabilité du constituant) de déterminer rapidement dans quelle mesure ces biens peuvent être déjà grevés. Exiger que les personnes susceptibles d'effectuer une recherche indiquent d'abord les raisons de leur recherche et que le personnel du registre se prononce sur le bien-fondé de ces raisons nuirait gravement à l'efficacité et à la fonctionnalité du processus de recherche, puisqu'un processus de décision complexe et pesant viendrait alors entraver le processus de recherche. Le coût des opérations serait aussi alourdi dans des proportions inacceptables, étant donné qu'il faudrait employer des experts pour administrer les demandes de recherche et décider de la suite à y donner.

34. Il est plus efficace de traiter les questions de respect de la vie privée en exigeant par exemple que le constituant autorise une inscription et en établissant une procédure permettant aux constituants de radier ou modifier rapidement et à peu de

frais les avis inscrits non autorisés ou erronés (voir A/CN.9/WG.VI/WP.48/Add.1, par. 3 à 9, et par. 22 à 28 ci-dessus).

35. La question de savoir si le registre peut demander et conserver l'identité de la personne effectuant une recherche est toutefois différente. Dans certains États, le registre ne peut révéler d'informations personnelles (privées) s'il ne connaît pas l'identité de la personne effectuant la recherche. Le *Guide* contient une recommandation en ce sens concernant l'identité de la personne procédant à l'inscription (voir recommandation 55, al. b)) mais pas celle de la personne effectuant une recherche. En général, le registre ne devrait pas être amené à demander ni à conserver l'identité de la personne effectuant une recherche, si ce n'est pour percevoir d'éventuels frais de recherche.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que l'article pertinent du projet de règlement type est l'article 7.*]

### 2. Critères de recherche

36. Comme expliqué précédemment (A/CN.9/WG.VI/WP.48, par. 65 à 67), selon l'approche recommandée dans le *Guide*, les informations figurant dans le fichier du registre sont indexées par référence à l'identifiant du constituant, qui est donc le principal critère de recherche permettant de retrouver ces informations. La personne effectuant une recherche ne devrait cependant pouvoir prétendre à l'exactitude d'un résultat de recherche que si l'identifiant utilisé est correct.

37. L'approche du *Guide* pour ce qui est de l'indexation par référence au constituant repose sur deux considérations. Premièrement, contrairement aux biens immeubles, la plupart des catégories de biens meubles n'ont pas d'identifiant suffisamment unique pour permettre l'indexation et la recherche par référence au bien. Deuxièmement, il serait impossible d'un point de vue administratif et extrêmement onéreux de grever des biens futurs et des ensembles de biens circulants tels que des stocks et des créances si le créancier garanti devait constamment actualiser son inscription en y ajoutant la description de chaque nouveau bien acquis par le constituant. Un système d'indexation et de recherche fondé sur le constituant règle ces problèmes en permettant au créancier garanti d'assurer l'opposabilité de sa sûreté par une inscription unique couvrant les sûretés existant au moment de l'inscription ou constituées par la suite, qu'elles découlent d'une ou de plusieurs conventions constitutives conclues entre les mêmes parties (voir recommandation 68).

38. L'indexation et la recherche par référence au constituant présentent toutefois un inconvénient par rapport à l'indexation et à la recherche par référence au bien. Selon la loi recommandée dans le *Guide*, si le constituant vend un bien grevé ou en dispose en dehors du cours normal de ses affaires, la sûreté suit généralement le bien entre les mains du bénéficiaire du transfert (voir recommandations 79 et 81). Toutefois, une recherche effectuée dans le registre au moyen de l'identifiant du bénéficiaire du transfert ne permettra pas de retrouver cette sûreté, ce qui pourrait léser les tiers réalisant une opération avec le bien entre les mains du bénéficiaire et n'ayant peut-être pas connaissance de l'historique des transferts. Supposons par exemple que le constituant B, ayant grevé son automobile d'une sûreté au profit d'un créancier garanti A, la vende au tiers C qui à son tour propose à une quatrième partie D de la vendre ou de la grever d'une sûreté à son profit. Dans l'hypothèse où

D ignore que C a acquis ce bien auprès du constituant initial B, il effectuera une recherche dans le registre uniquement par référence à l'identifiant de C. Cette recherche ne permettra pas de retrouver la sûreté constituée au profit de A, puisqu'elle est inscrite au nom du constituant initial B. Cette situation est communément appelée problème "A-B-C-D" (sur le point de savoir si un créancier garanti devrait être tenu de modifier l'inscription pour y ajouter comme nouveau constituant le bénéficiaire du transfert, voir par. 10 et 11 ci-dessus).

39. Face à ce problème, certaines lois sur les opérations garanties prévoient une indexation et une recherche supplémentaires par référence au bien afin de préserver les droits du créancier garanti de suivre ce bien entre les mains du bénéficiaire du transfert, du preneur de bail ou du titulaire de licence. De telles règles s'appliquent à des catégories spécifiques de biens meubles durables et de grande valeur pour lesquels il existe un marché de revente important et des numéros de série fiables ou des identifiants alphanumériques équivalents (tels que véhicules routiers, remorques, maisons mobiles, cellules et moteurs d'aéronefs, matériel roulant ferroviaire, bateaux et moteurs de bateaux, ci-après dénommés "biens portant un numéro de série"). Le marché des véhicules automobiles est un bon exemple: leur valeur est relativement élevée et le marché de revente important. De plus, l'industrie automobile attribue à chaque véhicule un identifiant alphanumérique unique, généralement appelé numéro d'identification, qui permet de l'identifier conformément à un système fondé sur des normes définies par l'Organisation internationale de normalisation (ISO). Ce numéro d'identification peut être utilisé comme critère d'indexation et de recherche au lieu du nom du constituant. Cette approche règle le problème "A-B-C-D" puisqu'une recherche effectuée au moyen du numéro de série révèlera toutes les sûretés constituées sur le véhicule par l'ensemble des propriétaires successifs.

40. Le *Guide* examine la possibilité d'utiliser le numéro de série d'un bien comme critère de recherche mais ne recommande pas cette approche (voir le *Guide*, chap. IV, par. 34 à 36). Si un État retient cette solution, des règles similaires à celles mentionnées plus haut au sujet de l'utilisation de l'identifiant correct du constituant s'appliqueront également à l'utilisation du numéro de série. Cependant, si l'inscription du numéro de série n'est obligatoire qu'aux fins de l'opposabilité et de la priorité vis-à-vis de certaines catégories de réclamants concurrents (tels que les bénéficiaires du transfert de biens grevés), les règles applicables au processus de recherche devraient indiquer clairement qu'une personne effectuant une recherche n'a le droit de recourir à la recherche par numéro de série que si elle fait partie des réclamants concurrents pour lesquels la saisie du numéro de série est exigée à l'inscription.

41. Le système du registre pourrait aussi être conçu pour permettre de rechercher et de retrouver des avis par référence au numéro d'inscription attribué par le registre à chaque avis initial, de modification ou de radiation, ou à un numéro d'inscription unique couvrant l'avis initial et tout avis ultérieur. Les numéros d'inscription ne seront généralement pas utiles aux tiers en tant que critères de recherche (puisqu'ils ne seront pas connus de ceux-ci) mais ils constitueraient pour les créanciers garantis un autre critère de recherche leur permettant de retrouver rapidement et efficacement une inscription pour procéder à une modification ou à une radiation (voir par. 22 à 28 ci-dessus). Ils pourraient être particulièrement utiles lorsqu'un

avis ne peut être retrouvé à l'aide de l'identifiant du constituant à cause d'une erreur d'indexation ou d'une modification de la logique de recherche.

42. Enfin, Le système de registre pourrait être conçu de manière à permettre au personnel du registre de retrouver des informations à l'aide de l'identifiant du créancier garanti. Comme on l'a dit plus haut (voir par. 21 ci-dessus), le personnel du registre pourrait alors en une seule opération globale modifier l'identifiant ou les coordonnées de la personne identifiée dans l'inscription comme le créancier garanti, à la demande de celui-ci, dans toutes les inscriptions qui lui sont associées ou dans plusieurs d'entre elles.

43. Cependant, l'identifiant du créancier garanti ne devrait pas être un critère pour les recherches effectuées par le public. Il ne présente guère d'intérêt pour les objectifs juridiques du système de registre (voir recommandation 64). De plus, permettre au public d'effectuer ce type de recherche pourrait être contraire aux attentes raisonnables des créanciers garantis, étant donné par exemple qu'un fournisseur de crédit pourrait effectuer une recherche sur la base de l'identifiant du créancier garanti pour obtenir les listes de clients de ses concurrents (voir le *Guide*, chap. IV, par. 81).

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que l'article pertinent du projet de règlement type est l'article 31.*]

### 3. Résultats de la recherche

44. Un résultat de recherche devrait indiquer qu'aucune inscription ne correspond au critère de recherche spécifié ou donner la liste de toutes les inscriptions correspondant à ce critère ainsi que toutes les informations figurant dans le fichier du registre. La manière dont le système du registre est conçu déterminera dans quelle mesure l'information contenue dans le résultat correspondra exactement au critère de recherche. Le registre devrait délivrer un certificat de recherche à la personne qui en fait la demande et s'est acquittée des frais correspondants, le cas échéant. Ce certificat de recherche devrait en principe pouvoir être présenté devant un tribunal comme preuve qu'un avis a été inscrit – ou non – à certaines date et heure. Toutes ces questions devraient être traitées dans les règles relatives à l'inscription.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que l'article pertinent du projet de règlement type est l'article 32.*]

## K. Langue de l'inscription et de la recherche

45. Les règles applicables à l'inscription devraient préciser la langue à utiliser pour saisir des informations dans le registre. Il peut s'agir de la ou des langues officielles de l'État sous l'autorité duquel le registre est tenu ou de toute autre langue indiquée par cet État. Dans tous les cas, les résultats des recherches devraient apparaître dans la langue dans laquelle les informations ont été saisies dans le fichier du registre (voir le *Guide*, chap. IV, par. 44 à 46). De plus, lorsque le nom du constituant est l'identifiant pertinent et que le nom correct est dans une langue autre que celle utilisée par le registre, les règles devraient préciser comment les caractères

ou les signes diacritiques présents sur les lettres du nom doivent être translittérés dans la langue du registre.

46. La loi en vertu de laquelle un constituant personne morale est créé peut autoriser le constituant à avoir et utiliser différentes versions linguistiques de son nom. Pour tenir compte de cette possibilité, les règles applicables à l'inscription devraient confirmer que toutes les versions linguistiques du nom peuvent être saisies comme autant d'identifiants distincts du constituant, puisque les tiers consultant le registre peuvent traiter ou avoir traité avec le constituant sous toute version de son nom.

47. Une façon d'atténuer les problèmes que l'utilisation de plusieurs langues peut provoquer dans les processus d'inscription et de recherche serait d'utiliser comme identifiant un numéro d'identification personnel au lieu du nom du constituant.

## L. Droit du constituant à des informations supplémentaires

48. Comme on l'a vu précédemment (voir A/CN.9/WP.48/Add.1, par. 15 à 68), un avis inscrit dans le fichier du greffe contient un minimum d'informations concernant une sûreté qui n'existe peut-être même pas au moment de l'inscription. Dans certaines circonstances, le constituant (en particulier s'il s'agit non pas du débiteur mais d'un tiers) peut donc devoir demander des informations supplémentaires sur la sûreté. Le *Guide* ne se prononce pas sur ce point mais dans certains États, la loi sur les opérations garanties dispose que le constituant a le droit de demander à la personne identifiée dans l'avis comme le créancier garanti de lui fournir des informations supplémentaires sur la sûreté, telles que: a) une liste des biens sur lesquels la personne identifiée comme le créancier garanti fait valoir une sûreté; et b) le montant actuel de l'obligation garantie par la sûreté faisant l'objet de l'inscription, ainsi que le montant nécessaire pour acquitter l'obligation garantie. La possibilité pour un tiers d'obtenir des informations du créancier garanti tient compte du fait que l'inscription n'emporte pas constitution de la sûreté réelle mobilière ni n'en apporte la preuve, mais signale simplement qu'une sûreté peut exister sur un bien particulier. La question de savoir si la sûreté a été constituée et sur quels biens dépend d'éléments ne figurant pas dans le fichier. C'est pourquoi les acheteurs et créanciers garantis potentiels et les autres tiers avec lesquels traite le constituant peuvent souhaiter vérifier eux-mêmes directement auprès de la personne identifiée dans l'avis comme le créancier garanti si celle-ci fait actuellement et effectivement valoir une sûreté sur le bien qui les intéresse en vertu d'une convention constitutive de sûreté conclue avec le constituant en question.

49. Dans certains États, le constituant a le droit de présenter une demande gratuitement tous les quelques mois. Le créancier garanti peut percevoir des frais pour toute demande d'information complémentaire. Cela lui évite d'avoir à répondre à des demandes fréquentes du constituant, qui peuvent être injustifiées ou relever du harcèlement.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le droit du constituant à des informations supplémentaires n'est pas traité dans la loi.*]

# V. Conception, administration et fonctionnement du registre

## A. Introduction

50. Les questions de conception technique, d'administration et de fonctionnement sont de première importance pour l'efficacité d'un système de registre. Le présent chapitre passe en revue les principales questions qu'il convient d'aborder à ce niveau.

## B. Fichier électronique ou fichier papier

51. Les fichiers des registres étaient auparavant tenus sur papier et le sont encore dans certains États. En termes d'efficacité, une base de données électronique présente d'énormes avantages par rapport à un fichier papier traditionnel (voir le *Guide*, chap. IV, par. 38 à 43). Il s'agit notamment des avantages suivants:

a) Réduction considérable du travail d'archivage et d'administration;

b) Réduction des risques de dommage matériel, vol et sabotage;

c) Possibilité de rassembler en une seule base de données les informations de l'ensemble de avis, quel que soit le lieu où elles ont été saisies; et

d) Mise en place de processus d'inscription et de recherche rapides et peu coûteux (voir la discussion sur les modes d'accès au registre, par. 56 à 59 ci-dessous).

52. Les États adoptants devraient donc faire tout ce qu'ils peuvent pour que les informations contenues dans les avis soient consignées dans un fichier électronique et non dans un fichier papier. Le *Guide* recommande cette approche (voir recommandation 54, al. j)).

53. Le *Guide* énonce aux recommandations 11 et 12 les règles de base de la communication électronique, tirées des paragraphes 2 et 3 de l'article 9 de la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, concernant les exigences de forme écrite et de signature. Les règles applicables aux registres électroniques devraient être conformes à ces recommandations et aux principes de non-discrimination, de neutralité technologique et d'équivalence fonctionnelle sur lesquels se fondent les recommandations 11 et 12 (voir le *Guide*, chap. I, par. 119 à 122, et la Note explicative relative à la Convention, par. 133 à 165).

## C. Fichier centralisé et unifié

54. Selon l'approche recommandée dans le *Guide*, les personnes procédant à une inscription ou effectuant des recherches disposeront de plusieurs modes et points d'accès au registre parce que le fichier du registre sera probablement centralisé et unifié (voir recommandation 54, al. e) et k)). Cela signifie que toutes les informations seront conservées dans une base de données unifiée. Si ce n'était pas le cas, les frais à payer pour procéder à une inscription ou effectuer une recherche dans plusieurs fichiers décentralisés pourraient dissuader d'utiliser le système du registre

et compromettre le succès de la loi sur les opérations garanties. Un fichier centralisé serait particulièrement efficace dans le cas d'États à plusieurs unités (voir recommandations 224 à 227).

55. Comme on l'a noté plus haut, la centralisation du fichier du registre peut se faire beaucoup plus efficacement si les informations contenues dans les avis sont conservées sous forme électronique dans une base de données centralisée que si le fichier du registre est tenu sur papier. Un fichier électronique permet de saisir localement les informations soumises dans les succursales du registre puis de les transférer par voie électronique dans la base de données du registre central. Dans les systèmes papier, les informations suivent un chemin similaire, si ce n'est que le document physique doit d'abord être transféré matériellement de la succursale au bureau central tenant le fichier centralisé sur papier (voir le *Guide*, chap. IV, par. 21 et 22).

## D. Accès des utilisateurs aux services du registre

56. Un fichier électronique permet aux utilisateurs de soumettre des avis et d'effectuer des recherches directement, sans aide ni intervention du personnel du registre. Si possible, le système devrait être conçu pour permettre la soumission d'avis et de demandes de recherche par voie électronique – Internet ou systèmes de réseau direct – plutôt que sur papier (voir le *Guide*, chap. IV, par. 23 à 26 et 43).

57. Comme on l'a dit plus haut (voir par. 1 à 4 ci-dessus), lorsque des informations sont soumises au registre sur papier, la personne procédant à l'inscription doit attendre, pour que l'inscription prenne juridiquement effet, que le personnel du registre les ait saisies dans le fichier du registre de telle sorte que des tiers puissent les y rechercher. Les demandes de recherche sur papier, par télécopie ou par téléphone entraînent également des délais puisque la personne effectuant une recherche doit attendre qu'un membre du personnel du registre effectue la recherche pour elle et lui en transmette les résultats. Outre l'élimination de ces délais, un système où la personne procédant à l'inscription peut choisir de saisir les informations par voie électronique directement dans le fichier du registre présente d'autres avantages:

a) Réduction considérable des frais de personnel et autres dépenses courantes du registre;

b) Réduction du risque d'erreur et des possibilités de fraude ou de corruption de la part du personnel du registre;

c) Diminution correspondante du risque de voir la responsabilité du registre engagée à l'égard des utilisateurs qui pourraient subir un préjudice parce que le personnel du registre n'a pas saisi les données d'inscription ou les critères de recherche ou les a saisis incorrectement; et

d) Accès des utilisateurs aux services d'inscription et de recherche en dehors des heures normales d'ouverture.

58. Si cette approche est mise en œuvre, le registre devrait être conçu pour permettre à ses utilisateurs de saisir des informations et d'effectuer des recherches à partir de n'importe quel ordinateur, privé ou mis à la disposition du public dans les

succursales du registre ou ailleurs. De plus, compte tenu du coût réduit de l'accès électronique direct, le registre devrait être conçu pour permettre à des tiers prestataires de services dans le secteur privé de fournir des services de registre aux parties intéressées.

59. Pour préserver la sécurité et l'intégrité du fichier du registre, on peut par exemple attribuer des codes d'accès et des mots de passe uniques aux utilisateurs (d'autres méthodes d'accès et d'identification peuvent aussi être utilisées). Pour parer au risque d'inscriptions non autorisées, les personnes souhaitant procéder à une inscription pourraient en outre être tenues de fournir l'une ou l'autre forme d'identification (par exemple une carte d'identité, un permis de conduire ou un passeport) avant de soumettre une inscription (voir recommandation 55, al. b)), le registre n'étant toutefois pas tenu de vérifier l'identité de la personne procédant à l'inscription (voir recommandation 54, al. d)). Pour faciliter l'accès des utilisateurs fréquents (institutions financières, concessionnaires automobiles, avocats et autres intermédiaires agissant pour des personnes procédant à l'inscription ou effectuant une recherche), tous les utilisateurs devraient pouvoir créer un compte d'utilisateur permettant au registre de facturer automatiquement les frais et d'exercer un contrôle institutionnel sur leurs droits d'accès. Il peut également être nécessaire de fournir à certains utilisateurs fréquents (par exemple une banque) un code d'accès spécial permettant à plusieurs agents (par exemple ses succursales ou des membres de son personnel) d'avoir accès au fichier du registre.

## E. Considérations touchant à la conception et à l'exploitation

### 1. Informations générales

60. La présente section vise à fournir aux États, conformément au *Guide*, des orientations sur la conception spécifique d'un système de registre, en examinant des exemples d'approches possibles. Elle ne vise pas à prescrire la manière exacte de concevoir un registre.

### 2. Création d'une équipe chargée de la mise en place

61. Il est essentiel que le personnel technique responsable de la conception et de la mise en place du registre soit pleinement informé des objectifs assignés à ce registre, ainsi que des besoins pratiques du personnel du registre et des utilisateurs potentiels. Il faut donc dès le début du processus de conception et de mise en place constituer une équipe disposant d'une expertise technologique, juridique et administrative et comprenant les attentes des utilisateurs.

### 3. Responsabilité de la conception et de l'exploitation

62. Au début du processus de conception et de mise en place, il conviendra de déterminer si le registre doit être exploité par les services internes d'un organisme public ou en partenariat avec une entreprise privée dont les compétences techniques et la rigueur financière sont avérées. Selon le *Guide*, l'exploitation courante du registre peut être confiée à une entité privée mais l'État adoptant reste tenu de veiller à ce que le registre soit exploité conformément au cadre juridique applicable (voir chap. IV, par. 47, et recommandation 55, al. a)). Pour instaurer la confiance du public dans le registre et empêcher la commercialisation et l'utilisation frauduleuse

des informations qui s'y trouvent, l'État adoptant devrait donc conserver la propriété du fichier du registre et, si nécessaire, de son infrastructure.

### 4. Capacité de stockage

63. L'équipe chargée de la mise en place devra prévoir la capacité de stockage du fichier du registre. Cette évaluation dépendra en partie de la question de savoir si le registre doit couvrir les opérations de financement garanti concernant aussi bien les consommateurs que les entreprises. Dans ce cas, on peut s'attendre à un nombre beaucoup plus important d'inscriptions et la capacité de stockage doit donc être augmentée. La planification de la capacité doit prendre en compte la possibilité d'ajouter au système des applications et des fonctions supplémentaires. Par exemple, il faudra tenir compte de la nécessité d'élargir ultérieurement la base de données du registre pour permettre l'inscription de jugements ou de sûretés non conventionnelles ou l'ajout de liens vers d'autres registres de l'administration publique, tels que le registre national des sociétés ou d'autres registres de biens mobiliers ou immobiliers. La planification de la capacité dépendra aussi de la question de savoir si les informations inscrites sont conservées dans une base de données informatisée ou un fichier papier. Assurer une capacité de stockage suffisante est un moindre problème dans le cas d'un registre électronique car les évolutions technologiques récentes ont considérablement réduit les coûts de stockage.

### 5. Programmation

64. Si le fichier du registre est informatisé, les spécifications de programmation dépendront de la question de savoir si l'inscription, l'indexation et la recherche se feront uniquement à partir de l'identifiant du constituant ou également à partir du numéro de série. En tout état de cause, les spécifications matérielles et logicielles devraient être solides et sûres, et viser à réduire le risque de corruption des données, d'erreur technique ou de violation de la sécurité. Outre les programmes de contrôle des bases de données, des logiciels devront être mis au point pour gérer les communications avec les utilisateurs, les comptes d'utilisateur, le paiement des frais et la comptabilité, les liens électroniques entre registres, la communication entre ordinateurs et la collecte de données statistiques.

65. Les besoins en matériel informatique et en logiciels devront être évalués et il faudra décider s'il convient de faire développer le logiciel par l'équipe chargée de la mise en place du registre ou de l'acheter à des fournisseurs privés, auquel cas l'équipe devra effectuer des recherches pour déterminer s'il existe sur le marché un produit facilement adaptable aux besoins de l'État mettant en place le registre. Il est important que le concepteur ou le fournisseur du logiciel soit informé des spécifications du matériel que devra fournir un vendeur tiers, et inversement.

66. Il faudra aussi déterminer si le registre devrait être conçu pour servir d'interface électronique vers d'autres bases de données officielles. Par exemple, dans certains États, la personne procédant à l'inscription peut simultanément consulter le registre des sociétés ou le registre du commerce pour vérifier et saisir automatiquement des informations sur l'identifiant du constituant ou du créancier garanti.

67. Il convient également de déterminer si le système du registre doit permettre un ou plusieurs types de recherches. Dans certains États, on ne peut effectuer qu'un seul type de recherche fondé sur la logique de recherche officielle (le programme appliqué par un système de registre aux critères de recherche fournis par la personne effectuant une recherche pour retrouver des informations dans le fichier du registre). Dans ces États, il suffit à la personne effectuant la recherche de saisir l'identifiant correct du constituant. Le système du registre applique alors automatiquement la logique de recherche officielle et produit un résultat de recherche officielle.

68. Dans d'autres États, il existe aussi un mode de recherche non officielle permettant aux utilisateurs d'élargir leurs recherches en utilisant des caractères non normalisés. Par exemple, si la logique de recherche officielle n'affiche que les correspondances exactes et si la personne procédant à l'inscription a inscrit un avis au nom de "John Macmillan" en l'orthographiant incorrectement "John Macmallan", une recherche officielle effectuée à partir de l'identifiant correct du constituant ne permet peut-être pas de retrouver l'avis. L'inscription est alors sans effet. En revanche, une recherche non officielle effectuée à partir du terme de recherche "John Macm*" permettra très probablement de retrouver l'avis malgré le nom mal orthographié. Ceci ne change cependant rien au fait que l'inscription est sans effet parce que seule une recherche officielle permettrait à la personne effectuant une recherche de retrouver l'avis correspondant. Une personne effectuant une recherche ne peut se fonder sur le résultat obtenu à l'aide de ce type de recherche. En tout état de cause, la personne effectuant une recherche doit savoir quelle est la logique de recherche officielle, c'est-à-dire, dans le cas d'un registre électronique, quel bouton choisir ou dans quel champ saisir l'identifiant correct, le système du registre appliquant ensuite automatiquement la logique de recherche.

### 6. Réduction du risque d'erreur

69. Le registre peut être conçu de manière à garantir un niveau de qualité minimum des informations saisies tout en empêchant les personnes procédant à une inscription de commettre des erreurs, par exemple en prévoyant des champs obligatoires, un contrôle de validation, des menus déroulants et une aide en ligne. Le registre peut aussi être conçu de manière à ce que la personne procédant à l'inscription puisse passer en revue les informations saisies avant de clore le processus d'inscription.

### 7. Perte de données, accès non autorisé et duplication non autorisée

70. Un fichier électronique peut de par sa nature être moins vulnérable aux dommages physiques qu'un fichier papier mais plus vulnérable à d'autres égards, tels que la perte de données, l'accès non autorisé et la duplication non autorisée. Il convient d'envisager et de mettre en œuvre des mesures pour empêcher que de tels incidents ne se produisent. Il convient également de concevoir des moyens de garantir le fonctionnement ininterrompu du registre et une reprise rapide après une catastrophe, naturelle ou non.

### 8. Rôle du personnel du registre et responsabilité

71. Le rôle du personnel du registre devrait se limiter pour l'essentiel à gérer et faciliter l'accès des utilisateurs, à faire payer les frais et à surveiller le fonctionnement et la maintenance du système du registre. Il convient de préciser au

personnel et aux utilisateurs du registre que le personnel du registre n'est pas autorisé à donner des conseils juridiques sur les conditions légales de validité des inscriptions et des recherches ni sur leurs effets juridiques.

72. Le personnel du registre devrait aussi être chargé de surveiller le fonctionnement du registre dans la pratique et notamment de recueillir des données statistiques sur le nombre et le type d'inscriptions et de recherches effectuées, afin de pouvoir suggérer toute modification à apporter au processus d'inscription et de recherche et aux règles pertinentes.

73. Il convient de réduire au minimum les risques de corruption du personnel du registre en concevant le système du registre de manière à: a) empêcher le personnel du registre de modifier la date et l'heure de l'inscription ou toute autre information saisie par la personne procédant à l'inscription; b) lui ôter toute possibilité discrétionnaire de refuser l'accès aux services du registre; c) instituer des contrôles financiers limitant strictement l'accès du personnel au paiement de frais en espèces (par exemple en faisant en sorte que les paiements soient effectués et confirmés par une banque ou une autre institution financière); et d) conserver les copies archivées des données initialement présentées comme il a été dit plus haut.

### 9. Responsabilité pour perte ou dommage subis par le créancier garanti ou le tiers effectuant une recherche

74. Comme on l'a déjà noté, le registre devrait être conçu si possible pour que la personne procédant à une inscription ou effectuant une recherche puisse soumettre une information ou effectuer sa recherche directement par voie électronique plutôt que de devoir demander au personnel du registre de le faire pour elle (voir recommandation 54, al. j)). Si cette approche est adoptée, les règles relatives à l'inscription devraient préciser que les utilisateurs assument l'entière responsabilité des erreurs ou omissions qu'ils font lors de l'inscription ou de la recherche et qu'il leur incombe de procéder aux corrections ou modifications nécessaires.

75. Cela étant, l'État adoptant devra évaluer la répartition des responsabilités en cas de perte ou dommage dus à l'une des causes suivantes: a) conseil ou information erronés ou trompeurs donnés par le personnel du registre ou refus injustifié de sa part d'accorder les services du registre; et b) retard ou inscriptions ou résultats de recherche erronés ou incomplets dus à une défaillance ou à une panne du système. Si, dans les cas où le registre permet aux utilisateurs de procéder directement à une inscription ou une recherche, la loi recommandée dans le *Guide* limite la responsabilité du registre aux défaillances du système, elle laisse généralement cette question à la discrétion de l'État adoptant (voir recommandation 56). Dans certains États, une partie des frais d'inscription et de recherche sont versés dans un fonds servant à couvrir la responsabilité éventuelle du registre pour perte ou dommage subis par les créanciers garantis ou les personnes effectuant une recherche. Dans d'autres États, il existe d'autres formes d'assurances couvrant cette responsabilité du registre.

### 10. Frais d'inscription et de recherche

76. Selon la loi recommandée dans le *Guide*, les frais d'inscription et de recherche éventuels devraient permettre le recouvrement des coûts mais non servir à générer des recettes fiscales (voir recommandation 54, al. i)). Dans certains États où le

registre est établi et géré par l'administration publique, aucun frais n'est perçu pour l'inscription ni la recherche. Quoi qu'il en soit, les frais et taxes excessifs sur les opérations décourageront dans une large mesure l'utilisation du registre, ce qui, globalement, compromettra le succès de la loi de l'État adoptant sur les opérations garanties. Cependant, pour évaluer le niveau de rentrées financières nécessaire au recouvrement des coûts, il faudra tenir compte de la nécessité de financer le fonctionnement du registre, notamment: a) les salaires du personnel du registre; b) le remplacement du matériel; c) la mise à jour des logiciels; d) la formation continue du personnel; et e) des activités de promotion et de formation sur le fonctionnement du registre à l'intention des utilisateurs.

77. Il convient de déterminer si les frais d'inscription doivent être fixés par opération ou proportionnellement à la durée de l'inscription (dans les systèmes où la personne procédant à l'inscription peut choisir elle-même la durée de l'inscription). Cette seconde solution a l'avantage de dissuader la personne procédant à l'inscription de choisir une période excessive par excès de prudence. Quelle que soit l'approche adoptée, les frais ne devraient pas être liés au montant maximum spécifié pour lequel la sûreté peut être réalisée (dans les systèmes où cette information est exigée) car cela découragerait les inscriptions, pèserait sur le crédit en général et diminuerait les avantages d'une loi sur les opérations garanties par ailleurs moderne et efficace.

78. Il convient d'examiner également si les recherches et radiations devraient être gratuites (du moins dans le cas d'un registre électronique) afin d'encourager le public à effectuer des recherches et les créanciers garantis à inscrire rapidement les radiations.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que l'article pertinent du projet de règlement type est l'article 33.*]

## 11. Financement des coûts d'acquisition initiale, de développement et de fonctionnement

79. La mise en place d'un registre électronique moderne nécessite un investissement initial pour en couvrir le coût, notamment les coûts d'acquisition et de développement du matériel et des logiciels. Cependant, le coût de fonctionnement relativement faible d'un registre électronique des sûretés signifie que cet investissement devrait être amorti par les frais perçus pour les services dans un délai relativement bref après le démarrage. Les coûts peuvent être maintenus à un bas niveau, en particulier si le fichier du registre est informatisé et si les inscriptions et les recherches directes par voie électronique sont autorisées.

80. Si un État décide d'élaborer et d'exploiter le registre en partenariat avec une entité privée, il peut être possible pour celle-ci de réaliser l'investissement initial dans l'infrastructure du registre, étant entendu qu'elle pourra le recouvrer en prenant un pourcentage des frais facturés aux utilisateurs du registre une fois que celui-ci fonctionne.

## 12. Éducation et formation

81. Pour que le système de registre voie le jour sans problème et soit activement adopté par les utilisateurs potentiels, l'équipe chargée de le mettre en place devra élaborer des programmes d'éducation et de sensibilisation, diffuser des documents

promotionnels et explicatifs et organiser des séances de formation. Elle devra aussi élaborer des instructions pour la saisie des informations sur les formulaires d'inscription papier ou sur écran.

## F. Transition

82. Il se peut que la loi recommandée dans le *Guide* s'écarte considérablement d'une loi antérieure. Elle contient donc un ensemble de règles justes et efficaces régissant le passage de l'ancienne loi à la nouvelle loi. Elle traite en particulier de deux questions importantes relatives à la transition, à savoir la date à laquelle la nouvelle loi entrera en vigueur (la "date d'entrée en vigueur") et la mesure dans laquelle elle s'appliquera aux opérations ou aux sûretés antérieures à cette date.

83. En ce qui concerne plus précisément l'opposabilité d'une sûreté, la loi recommandée dans le *Guide* dispose qu'une sûreté opposable en vertu de la loi antérieure le reste: a) jusqu'à ce qu'elle cesse d'être opposable en vertu de la loi antérieure; ou b) jusqu'à l'expiration d'une période fixée par la loi à compter de la date d'entrée en vigueur (la "période transitoire") (voir recommandation 231), selon ce qui intervient en premier.

84. Si l'État adoptant n'a pas de registre des sûretés réelles mobilières, la création d'un nouveau registre constituera pour l'ensemble des créanciers garantis existants un moyen rapide, facile et bon marché de maintenir leur rang de priorité. Il permettra aussi à tous les constituants d'utiliser plus facilement qu'en vertu de la loi antérieure la valeur totale de leurs biens pour garantir un crédit, puisqu'ils pourront créer des sûretés sur les mêmes biens en faveur de plusieurs créanciers garantis pour autant que le rang de priorité de chaque créancier soit clair.

85. Si l'État adoptant dispose déjà d'un registre des sûretés réelles mobilières, il conviendra d'examiner des considérations supplémentaires liées à la transition. Par exemple, si le nouveau registre vise à couvrir des sûretés relevant précédemment d'un registre existant, les approches suivantes pourraient être envisagées. L'État adoptant ou l'entité privée chargée de la mise en place du registre peut se charger de transférer les informations du registre existant vers le fichier du nouveau registre. Une autre solution serait de laisser aux créanciers garantis le soin de procéder au transfert. Ceux-ci disposeraient alors d'une période de transition (par exemple, un an) pour saisir eux-mêmes les informations dans le fichier du nouveau registre. Cette dernière approche a été utilisée avec beaucoup de succès dans certains États (en particulier lorsque la réinscription est gratuite). Si cette option est retenue, il convient de prévoir dans le formulaire d'inscription un espace ou un champ permettant d'indiquer que l'inscription en question correspond à une inscription antérieure à la mise en service du nouveau registre (pour les questions de transition concernant les aspects abordés dans la loi sur les opérations garanties, voir chap. XI du *Guide*).

## G. Résolution des litiges

86. Un mécanisme peut être envisagé pour régler les litiges entre les parties concernées par l'inscription de sûretés réelles mobilières. Ce mécanisme devrait inclure des procédures judiciaires ou administratives simplifiées telles que celles

évoquées dans le contexte de la radiation ou de la modification de l'inscription (voir par. 22 à 26 ci-dessus).

## A/CN.9/WG.VI/WP.48/Add.3 (Original: anglais)

# Note du Secrétariat concernant le projet de guide sur le registre des sûretés réelles mobilières, soumise au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa vingtième session

ADDITIF

**TABLE DES MATIÈRES**


| | | *Articles* |
|---|---|---|
| | [Projet de règlement type] [Projet de recommandations] | |
| I. | Généralités | 1 |
| II. | Le registre et le conservateur | 2-3 |
| III. | Accès aux services du registre | 4-9 |
| IV. | Inscription | 10-15 |
| V. | Informations relatives à l'inscription | 16-29 |
| VI. | Obligations du créancier garanti | 30 |
| VII. | Recherches | 30-32 |
| VIII. | Frais | 33 |


---

# [Projet de règlement type] [Projet de recommandations]

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être rappeler qu'à sa dix-neuvième session, différents points de vue ont été exprimés quant à savoir si les règles relatives à l'inscription devraient prendre la forme d'un règlement type ou de recommandations accompagnant un règlement (voir A/CN.9/719). Le principal argument en faveur d'un règlement type est que ces règles sont destinées aux États ayant adopté la loi recommandée dans le* Guide. *Le principal argument en faveur de recommandations est que, faisant partie d'un guide, elles devraient prendre la forme de recommandations, comme cela a été fait pour le* Guide, *et en avoir la souplesse. En attendant que le Groupe de travail se prononce définitivement sur la question, le texte conservera sa forme actuelle de règlement type. Si le Groupe de travail se prononce en faveur de recommandations, les définitions devront peut-être figurer dans le commentaire et chaque article être précédé des mots: "Le règlement devrait disposer que...", le texte étant alors modifié pour se lire comme des recommandations et non comme un règlement.*]

# I. Généralités

**Article premier: Définitions**

Les définitions contenues dans la loi s'appliquent également au présent règlement sous réserve des modifications et ajouts suivants:

a) Le terme "adresse" signifie: i) une adresse physique avec nom de rue et numéro, ville, code postal et État; ii) un numéro de boîte postale avec ville, code postal et État; ou iii) une adresse postale équivalente à i) ou ii);

b) Le terme "modification" désigne l'ajout d'informations indiquant un changement dans les informations contenues dans le fichier du registre, notamment a) la prorogation de la durée d'effet d'une inscription (renouvellement d'une inscription); b) lorsque deux ou plusieurs créanciers garantis ou constituants sont identifiés dans l'avis inscrit, la suppression de l'un d'eux; c) lorsqu'un seul créancier garanti ou constituant est identifié dans l'avis inscrit, la suppression de son identifiant et l'ajout de l'identifiant d'un nouveau créancier garanti ou constituant; f) l'ajout ou la suppression de bien grevés, notamment de biens identifiés par un numéro de série; g) la modification de l'identifiant du constituant; h) la modification de l'identifiant du créancier garanti; i) la cession de l'obligation garantie par le créancier garanti; j) la cession de rang du créancier garanti; k) la subrogation du droit d'un créancier garanti; l) la modification de l'adresse d'un constituant ou d'un créancier garanti; et m) la modification du montant monétaire maximum pour lequel la sûreté peut être réalisée (le cas échéant);

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire précisera que, conformément au projet de règlement type, a) le terme "modification" désigne une modification des informations d'un avis figurant dans le fichier du registre et le résultat de cette modification; et b) la communication par laquelle se fait une modification s'appelle "avis de modification". Le Groupe de travail voudra peut-être aussi envisager de mentionner dans le commentaire les règles d'interprétation examinées dans l'introduction du* Guide*, section B, Terminologie et interprétation, paragraphes 17 et 19 (concernant la signification des mots "ou", "inclure" et "comprendre", le fait que le singulier inclut le pluriel et vice versa, etc.*]

c) Le terme "loi" désigne la loi régissant les sûretés réelles mobilières;

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire précisera que la loi dont il est question ici est la loi se fondant sur les recommandations du* Guide.]

d) Le terme "avis" désigne une communication écrite (sur papier ou électronique) contenant des informations relatives à l'existence potentielle d'une sûreté, soumises au registre ou saisies dans le fichier du registre afin de procéder à une inscription ou de modifier ou radier des informations figurant dans ce fichier[1];

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire précisera que le* Guide *utilise a) le terme "avis"*

---

[1] Voir le terme "avis" à la section B de l'introduction du Guide, portant sur la terminologie et l'interprétation.

*au sens de communication (par exemple, sur un formulaire ou sur écran) servant à transmettre des informations au registre; b) les expressions "informations figurant dans un avis" ou "teneur de l'avis" (voir recommandations 54 d) et 57); c) le terme "fichier du registre" au sens d'informations contenues dans un avis une fois celles-ci acceptées par le registre et saisies dans la base de données du registre accessible au public (voir recommandation 70); et d) le terme avis de modification ou de radiation pour désigner une communication visant à modifier ou radier des informations d'un avis se trouvant dans le fichier du registre (voir recommandations 72 à 75). Le projet de règlement type utilise ces termes et expressions dans le même sens.*]

e) Le terme "personne procédant à l'inscription" désigne la personne qui saisit des informations dans un avis à inscrire;

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que cette définition a été révisée afin que le messager ou toute autre personne dont le rôle se limite à transmettre un avis rempli par quelqu'un d'autre ne puisse être considéré comme la personne procédant à l'inscription. Cette définition englobe toute personne remplissant un avis, qu'il s'agisse de l'avis initial, d'un avis de modification ou d'un avis de radiation. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que la personne procédant à l'inscription peut être le créancier garanti ou une personne agissant en son nom.*]

f) Le terme "conservateur" désigne la personne physique ou morale désignée en application de la loi et du présent règlement pour superviser et administrer le fonctionnement du registre;

g) Le terme "inscription" désigne la saisie dans le fichier du registre d'informations figurant dans un avis [et englobe la modification et la radiation d'informations figurant dans le fichier du registre];

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être examiner dans quelle mesure le texte entre crochets est nécessaire, étant donné que le terme "avis" couvre la modification et la radiation.*]

h) Le terme "numéro de l'inscription" désigne un numéro unique attribué par le registre à chaque avis inscrit et définitivement associé à celui-ci;

i) Le terme "fichier du registre" désigne les informations de l'ensemble des avis inscrits, conservées sous forme électronique dans la base de données du registre [ou manuellement dans les fichiers papier du registre];

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Étant donné que conformément à la recommandation 70, le paragraphe 8 de l'article 26 fait référence aux "fichiers du registre", le Groupe de travail voudra peut-être examiner si le commentaire devrait préciser que: a) le terme "fichier du registre" désigne les informations relatives à un avis initial et à toute modification ultérieure et le terme "fichiers du registre" les informations relatives à l'ensemble des avis inscrits; ou b) le terme "avis" devrait être défini de manière à inclure toute modification qui y est apportée, et le terme "fichier du registre" ou "fichiers du registre" désigner les informations relatives à l'ensemble des avis inscrits.*]

[j) Le terme “numéro de série” désigne:

i) Dans le cas d’un véhicule automobile, le numéro d’identification du véhicule estampillé sur le châssis ou apposé à celui-ci par le fabricant;

ii) Dans le cas d’un fuselage d’aéronef et d’un moteur d’aéronef, [la nationalité du moment, la nationalité prévue si elle est différente et les immatriculations attribuées conformément à la Convention relative à l’aviation civile internationale (1944) par l’autorité pertinente, ainsi que] le numéro de série et l’identifiant modèle du fabricant; et

iii) Dans le cas d’une remorque, d’une maison mobile, d’un tracteur, de matériel roulant ferroviaire, d’un bateau ou d’un moteur de bateau, le numéro de série estampillé ou apposé par le fabricant [ou tout numéro de série attribué par une autorité publique]; et

k) Le terme “biens porteurs de numéros de série” désigne un véhicule automobile, une remorque, une maison mobile, un tracteur, un fuselage d’aéronef, un moteur d’aéronef, du matériel roulant ferroviaire, un bateau, un moteur de bateau.]

[*Note à l’intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être examiner a) s’il convient de conserver les quatre identifiants visés au sous-alinéa j) ii) comme constituant le numéro de série, étant donné que cette approche ferait peser sur la personne procédant à l’inscription la charge injustifiée de s’assurer de leur exactitude, représenterait un coût supplémentaire pour le système du registre (quatre champs distincts devant être prévus pour saisir ces informations) et compliquerait les recherches; b) s’il convient de préciser dans la loi de l’État adoptant la signification exacte des termes “véhicule automobile”, “fuselage d’aéronef”, “moteur d’aéronef” et des autres types de biens porteurs de numéros de série énumérés ci-dessus, ou d’en fournir ici une définition indicative; et c) s’il convient de définir le terme “numéro de série” par référence au numéro de série attribué au bien par le fabricant ou par un organisme public (mais non les deux, étant donné que cela ferait peser sur la personne procédant à l’inscription une charge injustifiée). Les définitions k) et l) (ainsi que les articles du projet de règlement type qui s’y rapportent) sont entre crochets parce que la loi recommandée dans le* Guide *ne fait pas référence à l’indexation par numéro de série (à l’inverse du commentaire du* Guide*, voir chap. IV, par. 31 à 36). Comme plusieurs États recourent à l’indexation par numéro de série, le Groupe de travail voudra peut-être examiner s’il convient de s’y référer uniquement dans le commentaire du projet de guide sur le registre ou également dans le projet de règlement type. Le Groupe de travail souhaitera peut-être également mettre en avant d’autres questions traitées dans le projet de règlement type mais pas dans les recommandations du* Guide *et examiner s’il y a lieu de traiter ces questions dans le projet de règlement type.*]

# II. Le registre et le conservateur

[*Note à l’intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le projet de règlement type porte sur divers types de questions. Les articles 2 et 3 portent sur l’établissement du registre et la nomination du conservateur. Les articles 4 à 9 portent sur l’accès aux services du registre. Les*

*paragraphes 2 et 3 de la variante B de l'article 3 et les articles 7, 8, 10-3, 12, 13, 16, 17-1, 25 et 30 répètent des dispositions de la loi pour souligner leur importance en tant que questions qui devraient être traitées dans la loi et le projet de règlement type; et le reste des articles du projet de règlement type traite des questions de procédure d'inscription. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si les dispositions résumant ou paraphrasant la loi sur les opérations garanties devraient être conservées en tant que telles ou versées dans le commentaire et, dans le premier cas, s'il convient d'indiquer expressément que ces dispositions répètent celles de la loi sur les opérations garanties intéressant le fonctionnement du registre mais ne créent pas de nouveaux droits ou obligations. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner des critères d'identification qui pourraient l'aider dans sa tâche dans chaque cas.*]

**Article 2: Le registre**

Le registre est créé aux fins de recevoir, conserver et tenir à la disposition du public des informations relatives aux sûretés réelles mobilières conformément à la loi et au présent règlement.

**Article 3: Nomination [et obligations] du conservateur**

**Variante A**

[L'entité ou la personne juridiquement compétente] désigne la personne physique ou morale chargée de superviser et d'administrer le fonctionnement du registre et [réglemente] les pouvoirs et obligations de cette personne conformément à la loi et au présent règlement.

**Variante B**

1. [La personne physique ou morale juridiquement compétente] désigne la personne physique ou morale chargée de superviser et d'administrer le fonctionnement du registre et [réglemente] les pouvoirs et obligations de cette personne conformément à la loi et au présent règlement.

2. Le registre demande et conserve l'identité de la personne procédant à l'inscription mais ne peut exiger la vérification de son identité ni de l'existence d'une autorisation d'inscription de l'avis, ni procéder à un examen approfondi de la teneur de l'avis.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le paragraphe 2 est conforme à l'alinéa d) de la recommandation 54. Cependant, comme la vérification de l'identité de la personne procédant à l'inscription est importante dans plusieurs systèmes modernes (du moins dans le contexte de la création d'un compte d'utilisateur lorsqu'un tel compte est la pratique normale), le Groupe de travail voudra peut-être envisager de faire référence à cette vérification, au moins dans le commentaire. Certains systèmes exigent la vérification de l'identité de la personne procédant à l'inscription afin de lutter contre les inscriptions frauduleuses. Ils vérifient également l'identité de la personne voulant modifier ou radier une inscription afin de s'assurer qu'elle est habilitée à le faire. Dans certains systèmes, pour permettre cette vérification, le registre attribue à la personne procédant à l'inscription un numéro nécessaire pour toute modification ou radiation ultérieure, afin de rendre le système moins*

*vulnérable à la fraude. Le Groupe de travail voudra peut-être aussi examiner si le paragraphe 2, qui n'exige pas la vérification de l'identité de la personne procédant à l'inscription, est conforme avec le paragraphe 3 de l'article 6. Il y a une différence entre une vérification unique de l'identité aux fins de la création d'un compte d'utilisateur et une vérification systématique aux fins de l'inscription de chaque avis. Le* Guide *interdit expressément la vérification systématique mais reste muet sur la vérification unique, qu'il serait raisonnable d'exiger.*]

[3. Le registre doit:

a) Indexer les informations saisies dans le fichier du registre conformément à l'article 14 du présent règlement [ou les organiser d'une autre manière permettant de les y rechercher];

b) Fournir à la personne procédant à l'inscription une copie de celle-ci dès que les informations y relatives sont saisies dans le fichier du registre;

c) Envoyer rapidement une copie de toute modification apportée aux informations contenues dans un avis inscrit à la personne qui y est identifiée comme le créancier garanti;

d) Supprimer les informations figurant dans le fichier du registre accessible au public à l'expiration de la durée de l'inscription ou en exécution d'une décision judiciaire ou administrative;

e) Conserver dans le fichier du registre les informations radiées avec une mention indiquant qu'elles ont été radiées et ne les retirer du fichier du registre qu'à l'expiration de la période d'inscription;

f) Archiver pour une durée de [20] ans les informations retirées du fichier du registre accessible au public de telle manière que le registre puisse les retrouver; et

g) Préserver la confidentialité des renseignements concernant les utilisateurs.]

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que la variante A ne porte que sur la nomination du conservateur tandis que la variante B porte également sur ses obligations. Le Groupe de travail voudra peut-être aussi noter que le paragraphe 3 de la variante B énonce en détail le rôle du registre en faisant fond sur les recommandations 54, al. d) et 55, al. b), d) et e), et sur les articles 8-1, 14-1, 15-3 et 17-2 du projet de règlement type. Si la variante B est retenue, il faudra peut-être réviser les articles du projet de règlement type afin d'éviter toute répétition ou incohérence. Le règlement gagnerait ainsi en clarté et en transparence pour ce qui est du rôle du registre. L'inconvénient serait qu'une telle liste pourrait ne pas être exhaustive ou être inutilement limitative. Une autre solution serait de conserver la variante A et d'expliquer le rôle du registre dans le commentaire du projet de guide sur le registre. Au paragraphe 3 b), il est fait référence à l'indexation visée à l'alinéa h) de la recommandation 54. L'indexation est une pratique courante et il existe dans le commerce des logiciels de base de données dotés d'une fonction d'indexation. Le commentaire explique qu'il est possible d'organiser l'information de manière telle que des recherches puissent être effectuées sans indexation (par exemple, en utilisant un système de recherche en forme libre ou par caractère générique avec mots clefs). Il n'existe peut-être pas*

*de registre des sûretés utilisant ce type de logique de recherche à titre officiel mais certains registres ayant un index par débiteurs proposent également une recherche non officielle ou par caractère générique avec mots clefs.*]

# III. Accès aux services du registre

**Article 4: Accès du public aux services du registre**

Toute personne a le droit d'avoir accès aux services du registre conformément à la loi et au présent règlement.

**Article 5: Horaires de fonctionnement du registre**

1. Chaque bureau du registre est ouvert au public [préciser les jours et heures]. Les lieux des bureaux du registre et leurs heures d'ouverture sont publiés sur le site Web du registre et les heures d'ouverture de chaque bureau sont affichées à ce bureau.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que ces jours et heures peuvent être précisés dans des instructions administratives distinctes et que l'horaire minimum devrait correspondre aux heures d'ouvertures habituelles dans ce pays. Lorsque l'inscription d'avis sur papier est prévue, les heures de réception des avis sur papier peuvent être fixées indépendamment des heures d'ouverture. Par exemple, le bureau peut fermer à 17 heures mais tous les avis doivent être reçus à 16 h 30 au plus tard afin que le registre ait le temps de saisir les informations dans le fichier du registre.*]

2. L'accès électronique aux services du registre est généralement possible [en permanence] [24 heures sur 24, 7 jours sur 7 et 365 ou 366 jours par an].

3. Nonobstant les paragraphes 1 et 2 du présent article, le registre peut suspendre complètement ou partiellement l'accès aux services du registre pour en assurer la maintenance ou lorsque surviennent des circonstances qui rendent l'accès impossible ou difficile. La suspension de l'accès aux services du registre et la durée prévue de cette suspension sont annoncées préalablement si possible et aussi tôt que possible sur le site Web du registre et dans les bureaux du registre.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire précisera que dans le cas d'un registre électronique, l'accès aux services peut être suspendu automatiquement (par exemple, si une panne du réseau Internet rend impossible les recherches et inscriptions électroniques ou en cas de guerre, d'incendie, etc.). Le Groupe de travail voudra peut-être aussi noter que le commentaire traitera de la question de la responsabilité du registre du point de vue juridique. La loi sur les opérations garanties peut prévoir que le personnel du registre est responsable en cas de perte ou dommage subis par un utilisateur du registre à la suite d'une négligence ou d'une faute lourde ou délibérée de la part du personnel du registre en général ou dans des conditions précises (par exemple, si le personnel du registre commet des erreurs en saisissant dans le fichier du registre les informations soumises sur un avis papier), ou qu'il est exonéré de toute responsabilité. Une autre possibilité est de laisser la question au droit général.*]

**Article 6: Accès aux services d'inscription**

1. Une personne a le droit d'inscrire un avis conformément à la loi, au présent règlement et aux conditions d'utilisation du registre si elle:

a) S'est identifiée comme l'exigent la loi et l'article 21 du présent règlement;

b) A payé le montant correspondant au service demandé ou pris d'autres dispositions pour payer les frais de registre prescrits à l'article 33[, le cas échéant];

c) A fourni les informations exigées par la loi et le présent règlement.

2. Une personne a le droit d'inscrire un avis par voie électronique s'il satisfait aux exigences visées au paragraphe 3 du présent article ou s'il utilise le formulaire papier joint au présent règlement.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que conformément à la recommandation 54, l'alinéa j) du paragraphe 2 permet l'inscription d'un avis papier même si de nombreux registres modernes ne prévoient qu'un accès électronique. Le* Guide *recommande toutefois l'inscription par voie électronique si possible.*]

3. Une personne voulant inscrire un avis par voie électronique doit:

a) Créer un compte d'utilisateur en vertu duquel l'identité de l'utilisateur a été établie [ou établir son identité d'une autre manière], remplir un formulaire électronique ou suivre toute autre procédure définie par le registre et prendre des dispositions pour le paiement de tous frais prescrits en vertu du présent règlement[, le cas échéant]; et

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être conserver le texte entre crochets, étant donné que de nombreux registres électroniques modernes permettent l'inscription par une personne n'ayant pas de compte d'utilisateur mais établissant son identité et payant par carte de crédit. Cette possibilité correspond au principe de libre accès au registre consacré dans le* Guide *et est particulièrement importante dans le cas d'opérations effectuées par des consommateurs.*]

b) Respecter les conditions d'utilisation du registre.

[4. Une personne physique voulant inscrire un avis en utilisant le formulaire papier joint au présent règlement doit s'identifier comme étant la personne procédant à l'inscription. Une personne physique voulant inscrire un avis au nom d'une personne morale en utilisant le formulaire papier joint au présent règlement doit s'identifier comme la personne procédant à l'inscription et représentant la personne morale.]

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter a) que le commentaire expliquera que conformément à la recommandation 54, alinéa i), un État peut décider de ne pas percevoir de frais mais que si des frais sont perçus, ils doivent uniquement permettre le recouvrement des coûts (voir aussi l'article 33 du projet de règlement type); et b) que les règles relatives à l'inscription peuvent prendre la forme: i) de dispositions de la loi sur les opérations garanties ou d'une autre loi; ii) d'un règlement; ou iii) d'instructions administratives distinctes, notamment de conditions d'utilisation du registre (par*

*exemple, l'utilisateur désireux d'obtenir l'accès par compte d'utilisateur doit conclure un accord à cette fin).*]

**Article 7: Accès aux services de recherche**

Toute personne peut effectuer une recherche et demander un certificat de recherche conformément à la loi et au présent règlement[, sans avoir à préciser le motif de sa recherche ou la raison pour laquelle il a besoin de ce certificat,

**Option A**

et sans payer de frais].

**Option B**

à condition d'avoir pris les dispositions voulues pour le paiement des frais de recherche].

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il y a lieu de conserver le texte entre crochets. Un argument en faveur de sa suppression est qu'il est superflu, puisqu'il fait double emploi avec l'alinéa g) de la recommandation 54, et que l'article considéré fait déjà référence à la loi recommandée dans le* Guide. *Un argument en faveur de son maintien est qu'il est suffisamment important pour qu'on le répète dans le projet de règlement type (comme on le fait en plusieurs autres occasions). Le Groupe de travail voudra peut-être noter aussi que le commentaire expliquera que conformément à l'alinéa i) de la recommandation 54, un État peut décider de ne pas percevoir de frais mais que si des frais sont perçus, ils doivent uniquement permettre le recouvrement des coûts (voir aussi l'article 33 du projet de règlement type).*]

**Article 8: Autorisation et présomption relative à la source de l'avis**

1. L'inscription doit être autorisée par le constituant. Cependant, le registre peut ne pas demander une telle autorisation. [Toute personne faisant valoir des droits fondés sur l'existence d'une autorisation ou l'absence d'autorisation doit en apporter la preuve.]

2. Un avis inscrit par une personne utilisant un compte d'utilisateur est réputé avoir été inscrit par la personne à qui ce compte a été attribué par le registre.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Pour ce qui est du paragraphe 1 de cet article, qui s'appliquerait quel que soit le mode de soumission – électronique ou papier –, le Groupe de travail voudra peut-être noter qu'en vertu des recommandations 54, alinéa d) et 55, alinéa b), le registre peut demander l'identité de la personne procédant à l'inscription mais n'est pas tenu de la vérifier. Si un avis a été soumis sans autorisation ou de toute autre manière frauduleuse, entraînant un préjudice pour le constituant ou le créancier garanti, ceux-ci doivent donc prouver que la personne qui a procédé à l'inscription n'était pas habilitée à le faire. Ceci doit cependant se faire en dehors du système du registre. Le rôle du registre se limite à ce qui est énoncé dans les recommandations susmentionnées. La question de savoir si la personne ayant procédé à l'inscription avait qualité pour soumettre un avis ou si la soumission pouvait être attribuée au titulaire d'un compte d'utilisateur ne relève apparemment pas du projet de règlement type. Le Groupe de*

*travail voudra donc peut-être examiner si le paragraphe 1 de cet article et en particulier le texte entre crochets doivent être maintenus dans le projet de règlement type ou faire simplement l'objet d'une discussion dans le commentaire. Le Groupe de travail voudra peut-être en outre examiner le libellé du paragraphe 2 de cet article après être convenu de celui de l'article 3 (les deux articles se recoupant) et noter que dans le cas de titulaires d'un compte d'utilisateur, un moyen supplémentaire d'identifier la source de l'avis se justifie parce que l'avis permet de remonter à un compte d'utilisateur. Le Groupe de travail voudra peut-être aussi noter que l'obligation qu'a tout utilisateur de préserver la confidentialité de ses données relève de l'accord qu'il signe en ouvrant un compte d'utilisateur du registre. Cet accord préciserait aussi que l'utilisateur est tenu d'avertir le registre s'il estime que ses données d'utilisateur ont été compromises.*]

**Article 9: Rejet d'un avis ou d'une demande de recherche**

1. Un avis ou une demande de recherche peuvent être rejetés si:

a) Ils ne sont pas communiqués au registre par l'un des moyens de communication autorisés (sur papier ou par voie électronique); ou

b) Les informations qui y figurent sont incomplètes par rapport à ce qui est demandé ou illisibles; ou

c) De toute autre manière, ils ne satisfont pas aux exigences de la loi et du présent règlement, notamment si les frais demandés, le cas échéant, n'ont pas été acquittés.

2. Un message motivant le refus doit être fourni dès que possible à l'intéressé.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que a) l'article 9 traite de la question de savoir si le registre peut rejeter un avis ou une demande de recherche; b) l'article 15 traite de la question de savoir si le registre peut retirer du fichier des informations déjà inscrites; c) le registre peut rejeter des demandes papier non conformes, alors qu'un registre électronique sera conçu de manière à rejeter automatiquement toute demande non conforme; et d) dans le cas d'un registre électronique, les raisons du rejet seront directement affichées à l'intention de l'utilisateur.*]

# IV. Inscription

**Article 10: Date et heure de l'inscription**

1. Le registre consigne la date et l'heure de chaque avis inscrit, comme le prévoient les paragraphes 2 et 3 du présent article, et lui attribue un numéro d'inscription.

2. Le registre doit saisir les avis dans le fichier du registre et les indexer [ou les organiser] dans l'ordre dans lequel ils ont été reçus.

3. L'inscription d'un avis prend effet à la date et à l'heure auxquelles les informations de l'avis sont saisies dans le fichier du registre de façon à être accessibles aux personnes y effectuant une recherche.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire explique que l'article 10 vise à fournir une base pour l'application d'une règle suivant la recommandation 70, qui est incluse au paragraphe 3 de cet article (elle peut être conservée dans le projet de règlement en raison de son importance ou simplement examinée dans le commentaire). La date et l'heure auxquelles les informations d'un avis deviennent accessibles aux personnes effectuant une recherche peuvent différer de celles de la réception de l'avis (en particulier lorsque la personne procédant à l'inscription soumet un avis papier que le registre saisit ensuite dans le fichier du registre) mais il convient de respecter l'ordre de réception (l'avis reçu le 1er janvier à 8 heures doit être accessible aux personnes effectuant une recherche avant celui inscrit le même jour à 8 h 1). Si à la suite d'une négligence ou d'une faute délibérée ou d'une défaillance du registre, la personne procédant à l'inscription perd sa priorité, le registre peut être tenu de verser des dommages-intérêts. Dans le cas d'une sûreté en garantie du paiement d'une acquisition, si l'avis est inscrit dans les délais prescrits par la loi, la sûreté a la priorité sur une sûreté inscrite antérieurement et non liée à une acquisition (voir recommandation 180, variante A, alinéa a) ii)). Ainsi, lorsque le registre saisit les informations d'un avis dans le fichier du registre, si la loi exige que l'avis précise qu'il s'agit d'une sûreté en garantie d'une acquisition (ce que le* Guide *n'exige pas), il importe que l'inscription se fasse dans le délai prévu par la loi. Si ce n'est pas le cas, la loi de l'État adoptant (le* Guide *est muet sur ce point) peut obliger le registre à réparer le préjudice subi par la personne procédant à l'inscription du fait de la perte de priorité.*]

**Article 11: Durée et prorogation de l'inscription**

**Option A**

1. L'inscription est valable pour la durée précisée dans la loi.

2. La période d'effet d'une inscription peut à tout moment avant l'expiration de l'inscription être prorogée par la personne ayant procédé à l'inscription pour une durée égale à la période initiale précisée dans la loi.

**Option B**

1. L'inscription est valable pour la durée indiquée dans l'avis par la personne procédant à l'inscription.

2. La période d'effet d'une inscription peut à tout moment avant l'expiration de l'inscription être prorogée par la personne ayant procédé à l'inscription pour une durée indiquée dans l'avis de renouvellement.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire explique que quelle que soit l'option choisie par l'État adoptant, les règles s'appliquant au calcul des durées dans sa législation s'appliqueront à la période d'effet de l'inscription, à moins que la loi sur les opérations garanties n'en dispose autrement. Par exemple, la législation de l'État adoptant peut disposer qu'aux fins du calcul de la période d'effet de l'inscription, une année commence à l'heure zéro de la date de l'inscription.*]

**Option C**

1. L'inscription d'un avis initial est valable pour la durée indiquée dans l'avis par la personne procédant à l'inscription, ne dépassant pas [20] ans.

2. La période d'effet d'une inscription peut à tout moment avant l'expiration de l'inscription être prorogée par la personne ayant procédé à l'inscription pour une durée indiquée dans l'avis de renouvellement, ne dépassant pas [20] ans.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que lorsque la loi exige que la personne saisisse la durée d'un avis, il s'agit d'une condition impérative. Cela signifie que si la durée n'est pas précisée dans l'avis, celui-ci sera probablement rejeté. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si le registre peut être conçu de manière à indiquer automatiquement la durée si la personne procédant à l'inscription ne la précise pas. Si le Groupe de travail juge cette approche souhaitable et réalisable, il voudra peut-être inclure une règle par défaut qui pourrait être libellée comme suit: "Lorsque aucune durée n'est indiquée dans l'avis, l'inscription est valable [5] ans]". Le commentaire expliquera aussi que dans l'option A la période de renouvellement est précisée dans la loi mais que dans les options B et C elle peut être précisée dans l'avis de renouvellement par la personne procédant à l'inscription. Le renouvellement proroge la durée de l'inscription de manière à ce que la période d'effet soit ininterrompue (voir art. 26, par. 7). Le Groupe de travail voudra peut-être aussi noter que l'option B, conforme à la recommandation 69, n'est pas réaliste parce qu'à moins d'un mécanisme de contrôle, toutes les inscriptions auraient un effet illimité dans le temps. Donner à la personne procédant à l'inscription la possibilité de choisir la durée de la période d'effet de l'inscription est une chose mais n'exercer aucun contrôle sur ce choix en est une autre. Certains systèmes modernes prévoient la possibilité d'une inscription à durée illimitée mais perçoivent des frais d'inscription élevés pour lutter contre les abus. Dans ces systèmes, les frais sont calculés sur une base annuelle, ce qui décourage de choisir une durée trop longue. Si l'option B est retenue, le Groupe de travail voudra peut-être envisager d'inclure ces considérations dans le commentaire.*]

**Article 12: Moment où un avis peut être inscrit**

Un avis concernant une sûreté réelle mobilière peut être inscrit avant ou après la constitution de la sûreté ou la conclusion de la convention constitutive de sûreté. L'autorisation du constituant doit être écrite mais peut être donnée avant ou après l'inscription. Une convention écrite constitutive de sûreté suffit pour autoriser l'inscription.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que l'article 12 a été révisé pour correspondre aux recommandations 67 et 71.*]

**Article 13: Caractère suffisant d'un seul avis**

L'inscription d'un seul avis suffit pour assurer l'opposabilité d'une ou plusieurs sûretés réelles mobilières, qu'elles existent au moment de l'inscription ou soient créées par la suite, et qu'elles découlent d'une ou plusieurs conventions constitutives de sûreté conclues entre les mêmes parties.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que comme le dit la note précédant l'article 2, les articles 12 et 13 traitent de questions habituellement réglées dans la loi (voir recommandations 67, 68 et 71). Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il convient de les conserver dans le projet de règlement type pour insister sur les points qui devraient être traités dans la loi ou le règlement type, ou de ne les traiter que dans le commentaire.*]

**Article 14: Indexation des avis**

1. Les avis inscrits sont indexés [ou organisés de toute autre manière permettant de les retrouver] suivant l'identifiant du constituant conformément à la loi et au présent règlement.

[2. Les avis inscrits concernant des sûretés sur des biens porteurs d'un numéro de séries sont [également] indexés [ou organisés autrement de manière à ce qu'on puisse les retrouver en effectuant une recherche] suivant le numéro de série du bien et l'identifiant du constituant, conformément à la loi et au présent règlement.]

3. Toutes les modifications et radiations sont [indexées] [organisées et peuvent être retrouvées] de telle sorte qu'elles sont associées à l'avis initial.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que c'est le résultat qui importe, à savoir que l'information soit organisée et puisse être retrouvée. Ce résultat est possible avec ou sans index. Le Groupe de travail voudra peut-être noter aussi que les articles 14-2, 23 et 32 b) sont entre crochets afin que le Groupe de travail les examine, compte tenu de l'usage très répandu et de l'importance de l'indexation par numéro de série (en plus de l'indexation par constituant), qui améliore grandement la fiabilité et la facilité de l'indexation et de la recherche, bien que les recommandations du* Guide *ne mentionnent pas le numéro de série comme critère d'indexation et de recherche (à l'inverse du commentaire – voir le* Guide*, chap. IV, par. 31 à 36). Une autre question qui n'est pas abordée dans les recommandations du* Guide *et que le Groupe de travail voudra peut-être aussi examiner en raison de son importance pour le bon fonctionnement d'un registre est celle de déterminer si les avis doivent aussi être indexés de telle manière que le personnel du registre puisse les retrouver dans le fichier du registre en saisissant l'identifiant du créancier garanti aux fins de recherches internes et de modifications globales (voir art. 27).*]

**Article 15: Modification, ajout, suppression, retrait ou correction d'informations dans le fichier du registre**

1. Sous réserve des paragraphes 2 à 5 du présent article, le registre ne peut modifier, supprimer ni ajouter aucune information dans le fichier du registre.

2. Le registre peut retirer des informations du fichier du registre accessible au public uniquement:

a) À l'expiration de la durée de l'inscription; ou

b) En exécution d'une décision judiciaire ou administrative.

3. Les informations retirées du fichier du registre accessible au public doivent être archivées durant [20] ans de telle manière que le registre puisse les retrouver.

4. Les informations figurant dans un avis radié peuvent être conservées dans le fichier du registre avec l'avis de radiation et ne peuvent être supprimées du fichier du registre accessible au public qu'à l'expiration de la durée de l'inscription, comme le prévoit l'alinéa 2 a) du présent article.

5. Si le registre saisit dans le fichier du registre des informations qui lui ont été soumises sur papier, il peut corriger les erreurs faites au cours de la saisie.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire précisera que le registre ne peut modifier le texte d'un avis. Une modification apportée ultérieurement au moyen d'un autre avis peut modifier le contenu du fichier du registre mais en aucun cas le texte de l'avis initial. En vertu de la recommandation 74, lorsque la période d'effet d'un avis a expiré ou lorsque l'avis a été radié, le registre peut supprimer les informations du fichier accessible au public et les archiver de manière à ce qu'elles puissent être retrouvées si nécessaire. Le Groupe de travail voudra peut-être aussi noter que conformément à l'approche suivie dans de nombreux États, l'article 28-2 du projet de règlement type dispose que les informations figurant dans les avis expirés ou radiés peuvent être conservées dans le fichier du registre accessible au public moyennant indication de l'expiration ou de la radiation. Le Groupe de travail voudra peut-être aussi noter que le paragraphe 5 de cet article vise à permettre au registre de corriger les erreurs de saisie des informations soumises sur papier (l'exactitude des informations restant la responsabilité de la personne procédant à l'inscription), mais que le registre ne peut examiner ni corriger les informations saisies en ligne par la personne procédant à l'inscription, car cela irait à l'encontre de la recommandation 54, alinéa d), qui vise à limiter le rôle du registre et donc les risques d'erreur et sa responsabilité en cas d'erreur. Le registre peut procéder à une modification pour corriger son erreur en inscrivant un formulaire indiquant les corrections apportées et le nom de la personne qui les apporte. Enfin, le Groupe de travail voudra peut-être préciser ce qui constitue une "correction" et examiner la question de savoir si celle-ci peut avoir un effet sur l'ordre de priorité*.]

# V. Informations relatives à l'inscription

### Article 16: Responsabilité concernant les informations figurant dans un avis

1. Il incombe à la personne procédant à l'inscription de s'assurer que les informations contenues dans l'avis sont exactes et complètes.

2. Le registre ne vérifie pas l'identité de la personne procédant à l'inscription, l'exactitude ou le caractère juridiquement suffisant des informations figurant dans l'avis, ne détermine pas si une inscription a été autorisée ni ne procède à un examen approfondi de l'avis.

### Article 17: Informations devant figurer dans un avis

1. Pour saisir des informations dans le fichier du registre, la personne procédant à l'inscription est tenue de fournir dans les champs appropriés d'un avis les informations suivantes:

a) L'identifiant et l'adresse du constituant, conformément aux articles 18 à 20;

b) L'identifiant et l'adresse du créancier garanti ou de son représentant, conformément à l'article 21;

c) Une description des biens grevés, conformément aux articles 22 à 25;

d) La durée de validité de l'inscription, conformément à l'article 11[2][; et

e) Le montant monétaire maximum pour lequel la sûreté peut être réalisée][3].

2. Les informations figurant dans l'avis doivent être exprimées dans la langue précisée dans la loi.

3. S'il y a plus d'un constituant, les informations requises doivent être fournies séparément pour chacun d'entre eux, dans un seul avis si plusieurs copropriétaires détiennent en commun les biens grevés [ou dans un avis distinct pour chaque constituant si plusieurs propriétaires distincts détiennent séparément les biens grevés].

4. S'il y a plus d'un créancier garanti, les informations doivent être fournies séparément pour chacun d'entre eux, dans un seul avis si plusieurs créanciers ont conclu conjointement une ou plusieurs conventions constitutives de sûreté entre les mêmes parties [ou dans un avis distinct pour chaque créancier garanti s'il existe plus d'une convention constitutive de sûreté entre différentes parties]. Cependant, chaque créancier garanti peut fournir le nom d'un représentant et plusieurs créanciers garantis peuvent fournir le nom d'un représentant commun.

5. Aux fins des articles 18 à 21, les identifiants du constituant et du créancier garanti sont déterminés au moment de l'inscription.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que a) si les informations sont saisies dans un champ inapproprié (par exemple l'identifiant du constituant dans le champ destiné à l'identifiant du créancier garanti), un avis contenant des informations par ailleurs correctes et suffisantes peut être privé d'effet; b) le registre devrait pouvoir se fonder sur un ensemble de règles de translittération des caractères étrangers dans le système d'écriture de la ou des langues officielles de l'État adoptant; c) les conventions de formation des noms de l'État adoptant s'appliqueront; et d) le système du registre devrait être conçu de sorte qu'une recherche sur l'identifiant de tout constituant ayant un intérêt dans les biens grevés permette de retrouver l'avis où apparaissent tous les autres constituants. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si au paragraphe 3 il convient de conserver le texte entre crochets, qui semble aller de soi.*]

**Article 18: Identifiant du constituant (personne physique)**

1. Aux fins de l'article 17, si le constituant est une personne physique, son identifiant est:

---

[2] Si la loi le permet (voir recommandation 69).

[3] Si la loi le permet (voir recommandation 57, al. d)).

**Variante A**

son nom. Si nécessaire, des informations supplémentaires telles que sa date de naissance ou le numéro d'identification personnel qui lui a été délivré par l'État adoptant peuvent aussi être fournies. S'il n'a pas reçu de numéro d'identification personnel de l'État adoptant, l'identifiant est son nom.

**Variante B**

son nom [et] [ou] le numéro d'identification personnel qui lui a été délivré par l'État adoptant. S'il n'a pas reçu de numéro d'identification personnel de l'État adoptant, l'identifiant est son nom.

2. Aux fins de l'article 17 et du paragraphe 1 du présent article:

a) Si le constituant est une personne physique dont le nom se compose d'un nom de famille et d'un ou plusieurs prénoms, son nom consiste en son nom de famille et ses deux premiers prénoms; et

b) Si le constituant est une personne physique dont le nom se compose d'un seul mot, son nom consiste en ce seul mot.

3. Aux fins de l'article 17 et du paragraphe 1 du présent article, le nom du constituant est déterminé comme suit:

a) Si le constituant est né dans [l'État adoptant] et si sa naissance y a été enregistrée auprès d'une administration responsable de l'enregistrement des naissances, son nom est celui qui figure sur le certificat de naissance du constituant ou document équivalent délivré par cette administration;

b) Si le constituant est né dans [l'État adoptant] mais si sa naissance n'y a pas été enregistrée, son nom est celui qui figure sur un passeport en cours de validité qui lui a été délivré par les autorités de [l'État adoptant];

c) Dans les cas non visés aux alinéas a) et b) ci-dessus, le nom du constituant est celui qui apparaît sur un document officiel, tel qu'une carte d'identité ou un permis de conduire, qui lui a été délivré par [l'État adoptant];

d) Dans les cas non visés aux alinéas a), b) et c) ci-dessus, si le constituant est un citoyen de [l'État adoptant], le nom du constituant est celui qui apparaît sur son certificat de citoyenneté;

e) Dans les cas non visés aux alinéas a), b), c) et d) ci-dessus, le nom du constituant est celui qui apparaît sur un passeport en cours de validité délivré par l'État dont il est citoyen et, s'il n'a pas de passeport en cours de validité, celui qui apparaît sur le certificat de naissance ou document équivalent qui lui est délivré par l'administration responsable de l'enregistrement des naissances au lieu où il est né;

f) Dans les cas non visés aux alinéas a) à e) du présent paragraphe, le nom du constituant est celui qui apparaît sur deux documents officiels, tels qu'une carte d'identité, une carte de sécurité sociale ou une carte d'assurance maladie, qui lui ont été délivrés par l'État adoptant.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que a) cet article porte sur l'identifiant du constituant (les critères d'indexation et de recherche étant l'objet de*

*l'article 32); b) conformément à la recommandation 59, la variante A du paragraphe 1 dispose que l'identifiant principal du constituant est son nom et prévoit des critères d'identification supplémentaires (l'erreur portant sur l'identifiant du constituant n'est pas traitée de la même manière que l'erreur portant sur un critère supplémentaire, voir recommandations 58 et 64); et c) dans la variante B du paragraphe 1, le nom et le numéro d'identification personnel doivent tous deux être saisis correctement, sinon la règle de la recommandation 58 s'applique.*]

**Article 19: Identifiant du constituant (personne morale)**

1. Aux fins de l'article 17, si le constituant est une personne morale, son identifiant est:

**Option A**

son nom tel qu'il apparaît dans son document constitutif.

**Option B**

son nom tel qu'il apparaît dans son document constitutif [et] [ou] le numéro d'identification qui lui a été attribué par [l'État adoptant] [l'État sous l'autorité duquel le registre pertinent est organisé] conformément à la loi sur [...],

**Variante A**

y compris l'abréviation indiquant le type de société, telle que "Ltée", "EURL", "SARL", "SA", "SAS", "SASU", selon les cas, ou les mots "Limitée", "Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée", "Société à responsabilité limitée", "Société anonyme", "Société par actions simplifiée", "Société par actions simplifiée unipersonnelle";

**Variante B**

avec ou sans l'abréviation indiquant le type de société, telle que "Ltée", "EURL", "SARL", "SA", "SAS", "SASU", selon les cas, ou les mots "Limitée", "Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée", "Société à responsabilité limitée", "Société anonyme", "Société par actions simplifiée", "Société par actions simplifiée unipersonnelle";

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que l'article 18 s'applique aux options A et B du paragraphe 1 de cet article.*]

**Article 20: Identifiant du constituant (autres cas)**

1. Aux fins de l'article 17:

a) Si le constituant est la succession d'une personne décédée ou un administrateur agissant au nom de la succession, l'identifiant est le nom de la personne décédée indiqué conformément à l'article 18 et il est précisé dans un champ distinct que le constituant est la succession d'une personne décédée ou un administrateur agissant au nom de la succession;

b) Si le constituant est une organisation syndicale qui n'est pas une personne morale, l'identifiant est le nom de cette organisation tel qu'il apparaît dans son document constitutif; [si nécessaire, des informations supplémentaires telles que le nom de chaque personne la représentant dans l'opération donnant lieu à l'inscription peuvent être fournies conformément à l'article 18];

c) Si le constituant est une fiducie ou un fiduciaire agissant au nom de la fiducie et si le document constitutif de la fiducie en précise le nom, l'identifiant est le nom de la fiducie indiqué conformément à l'article 18 et il est précisé dans un champ distinct que le constituant est une "fiducie" ou un "fiduciaire";

d) Si le constituant est une fiducie ou un fiduciaire agissant au nom de la fiducie et si le document constitutif de la fiducie n'en précise pas le nom, l'identifiant est celui du fiduciaire indiqué conformément à l'article 18 et il est précisé dans un champ distinct que le constituant est une "fiducie" ou un "fiduciaire";

e) Si le constituant est un représentant de l'insolvabilité agissant pour une personne physique, l'identifiant est le nom de la personne insolvable indiqué conformément à l'article 18 et il est précisé dans un champ distinct que le constituant est insolvable;

f) Si le constituant est un représentant de l'insolvabilité agissant pour une personne morale, l'identifiant est le nom de la personne morale insolvable indiqué conformément à l'article 19 et il est précisé dans un champ distinct que le constituant est insolvable;

g) Si le constituant fait partie d'un consortium ou d'une coentreprise, l'identifiant est le nom du consortium ou de la coentreprise tel qu'il apparaît dans son document constitutif; [si nécessaire, des informations supplémentaires telles que le nom de chaque participant peuvent aussi être fournies conformément à l'article 18 ou 19, selon le cas];

h) Si le constituant fait partie d'une entité autre que celles visées aux alinéas précédents, l'identifiant est le nom de l'entité tel qu'il apparaît dans son document constitutif[; si nécessaire, des informations supplémentaires telles que le nom de chaque personne physique représentant l'entité dans l'opération sur laquelle porte l'inscription peuvent aussi être fournies conformément à l'article 18].

2. Aux fins du présent article, un représentant (autre qu'un représentant de l'insolvabilité) est une personne physique habilitée à engager la personne morale, ses dirigeants ou ses membres et ayant exercé son pouvoir en relation avec l'opération sur laquelle porte l'inscription.

**Article 21: Identifiant du créancier garanti**

1. Aux fins de l'article 17:

a) Si le créancier garanti est une personne physique, son identifiant est son nom, conformément à l'article 18;

b) Si le créancier garanti est une personne morale, son identifiant est son nom, conformément à l'article 19; et

c) Si le créancier garanti est une personne d'un des types décrits à l'article 20, l'identifiant est le nom de cette personne, conformément à l'article 20.

2. Si la personne procédant à l'inscription saisit, au lieu de l'identifiant et de l'adresse du créancier garanti, ceux d'un représentant de celui-ci, le paragraphe 1 du présent article s'applique à l'identifiant du représentant du créancier garanti.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera qu'il n'y aura dans l'avis papier ou électronique qu'un seul champ "créancier garanti", qu'il s'agisse du créancier garanti lui-même ou de son représentant (personne physique, membre ou représentant d'un consortium de banques)*.]

**Article 22: Description des biens grevés**

1. Aux fins de l'article 17, la description des biens grevés, y compris le produit, figurant dans l'avis peut être spécifique ou générique pour autant qu'elle soit suffisamment précise pour les identifier.

2. Sauf disposition contraire de la loi, une description générique renvoyant à l'ensemble des biens d'une catégorie de biens meubles ou à l'ensemble des biens meubles du constituant désigne les biens de cette catégorie sur lesquels le constituant acquiert des droits à tout moment de la période d'effet de l'inscription.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que des informations supplémentaires peuvent être fournies sous la forme d'une annexe à l'avis pour décrire les biens plus en détail ou si un espace complémentaire est nécessaire. Ceci est particulièrement utile ou nécessaire dans les systèmes de registre conçus pour accepter un nombre limité de caractères dans les champs pertinents d'un avis*.]

**[Article 23: Description de biens grevés porteurs d'un numéro de série**

Aux fins de l'article 17, si les biens grevés sont des biens porteurs d'un numéro de série non détenus par le constituant à titre de stock, le numéro de série et le type de numéro de série doivent être indiqués dans le champ approprié de l'avis.]

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que a) le numéro de série (par exemple XYZ456789) et le type de bien (par exemple véhicule) suffisent sans qu'il faille fournir d'autres précisions (par exemple la marque ou le modèle du véhicule); et b) les conséquences de la non-indication du numéro de série et du type de bien relève de la loi et diverses approches sont suivies selon les systèmes juridiques*.]

**Article 24: Description de biens grevés attachés à un bien immeuble**

La personne procédant à l'inscription peut inscrire un avis concernant une sûreté sur des biens meubles corporels attachés à un bien immeuble au registre général des sûretés conformément à la loi et au présent règlement, ou au bureau d'enregistrement des biens immeubles du présent État conformément au régime applicable à une telle inscription.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera a) que l'article 22 traite de la*

*description des biens grevés dans l'avis (y compris ceux attachés à un immeuble); et b) que si le régime applicable à l'inscription dans un registre des biens immeubles ne permet pas l'inscription d'avis, il conviendra peut-être de le réviser de manière à permettre l'inscription d'avis concernant des sûretés sur des biens attachés à des biens immeubles (voir* Guide*, chap. III, par. 104)*.]

**Article 25: Informations incorrectes ou insuffisantes**

1. Une inscription n'a d'effet que si l'identifiant correct du constituant y est indiqué conformément aux articles 18 à 20 ou, en cas d'indication incorrecte de l'identifiant, si une recherche effectuée dans le fichier du registre à partir de l'identifiant correct du constituant permet de retrouver l'avis.

[2. L'inscription concernant un bien porteur de numéro de série n'a d'effet que si le numéro de série correct y est indiqué conformément à l'article 23 ou, en cas d'indication incorrecte, si une recherche effectuée dans le fichier du registre à partir du numéro de série correct permet de retrouver les informations de l'avis.]

3. Sous réserve des dispositions [du paragraphe 1] [des paragraphes 1 et 2] du présent article, une erreur ou une lacune dans les informations devant être saisies dans le fichier du registre conformément au présent règlement ou dans la manière de les saisir n'invalide pas l'inscription, sauf si elle induit gravement en erreur une personne effectuant raisonnablement une recherche.

4. La description des biens grevés dans un avis inscrit qui ne satisfait pas aux exigences de la loi ou du présent règlement ne prive pas d'effet cet avis pour ce qui est des autres biens grevés qui y sont décrits de manière satisfaisante.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il convient de conserver cet article dans le projet de règlement type ou de le traiter seulement dans le commentaire. Le paragraphe 1 porte sur une question traitée dans la recommandation 58; le paragraphe 2 correspond à la recommandation 58 (et ne peut être conservée que si le numéro de série est retenu comme critère d'indexation); le paragraphe 3 correspond à la recommandation 64; et le paragraphe 4 correspond à la recommandation 65 (et suffirait à couvrir l'erreur portant sur le numéro de série en tant qu'élément de la description). Une raison de conserver cet article dans le projet de règlement type est qu'il traite d'un point très important sur lequel il convient d'appeler l'attention dans ce texte.*]

**Article 26: Modification de l'avis inscrit**

1. Pour modifier les informations saisies dans le fichier du registre, la personne ayant procédé à l'inscription doit fournir dans les champs appropriés d'un avis de modification les informations suivantes:

a) Le numéro d'inscription de l'avis sur lequel porte la modification;

b) L'objet de la modification;

c) S'il s'agit d'un ajout, les informations à ajouter, selon les modalités prévues par le présent règlement pour la saisie d'informations de ce type;

d) S'il s'agit d'une modification ou d'une suppression, les nouvelles informations, comme le prévoit le présent règlement pour la saisie d'informations de ce type; et

e) L'identifiant de chaque créancier garanti autorisant la modification.

[2. Si la modification vise à signaler un transfert des biens grevés auxquels se rapporte l'avis, la personne procédant à l'inscription doit identifier le bénéficiaire du transfert en tant que constituant conformément aux articles 18 à 20. Si le transfert ne porte que sur une partie des biens grevés décrits dans l'avis, elle doit identifier le bénéficiaire du transfert en tant que constituant conformément aux articles 18 à 20 et décrire la part des biens grevés transférés conformément à l'article 22.]

3. Si la modification vise à signaler une cession de rang concernant la sûreté sur laquelle porte l'avis inscrit, la personne procédant à l'inscription doit décrire la nature et l'étendue de la cession de rang et préciser l'identité du bénéficiaire dans les champs prévus à cet effet.

4. Si la modification vise à signaler la cession d'une obligation garantie, la personne procédant à l'inscription doit fournir l'identifiant du cédant et celui du cessionnaire.

5. Les modifications visant à supprimer l'ensemble des constituants, des créanciers garantis ou des biens grevés sont sans effet et peuvent être rejetées conformément à l'article 9 si ne sont pas fournis l'identifiant d'un nouveau constituant ou d'un nouveau créancier garanti ou la description des biens grevés à ajouter à l'inscription, selon le cas.

6. Sous réserve de l'article 30, la personne ayant procédé à l'inscription peut inscrire une modification à tout moment. L'inscription d'une modification ne prolonge pas la durée d'effet de l'inscription, sauf s'il s'agit d'un renouvellement.

7. Une modification prend effet à la date et à l'heure où les informations de l'avis sont saisies dans le fichier du registre de manière à être accessibles aux personnes effectuant une recherche.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera l'objet d'une modification (par exemple, ajouter, modifier ou supprimer des informations dans le fichier du registre, ou renouveler la période d'effet d'une inscription) et qu'une modification de l'identifiant d'un constituant sera indexée par l'ajout du nouvel identifiant comme s'il s'agissait d'un nouveau constituant. L'inscription pourra être retrouvée aussi bien à partir de l'ancien identifiant du constituant qu'à partir du nouveau. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si la personne ayant procédé à l'inscription doit s'identifier pour modifier ou radier un avis. Dans le cas d'une inscription par voie électronique, la personne pouvant obtenir l'accès au fichier du registre peut ne pas devoir s'identifier. Cependant, l'identification peut être nécessaire dans le cas d'une inscription papier. Le Groupe de travail voudra peut-être aussi examiner s'il convient de mettre en place un mécanisme d'identification des différentes versions d'une inscription. Par exemple, une inscription initiale pourrait se voir attribuer le numéro 12345-01, la première modification le numéro 12345-02, la troisième le numéro 12345-03 et ainsi de suite. Le Groupe de travail voudra peut-être aussi examiner si, lorsque l'État choisit cette option dans la loi (voir* Guide*, chap. IV, par. 78 à 80), dans le cas d'un transfert du bien grevé (voir par. 3), le bénéficiaire du transfert devrait être identifié comme le nouveau constituant en sus du constituant existant ou si les identifiants de l'auteur*

*et du bénéficiaire du transfert devraient être conservés dans le fichier du registre accessible au public. Le paragraphe 6 est sous réserve de l'article 30, une règle distincte s'appliquant dans le cas de la modification obligatoire d'un avis.*]

**[Article 27: Modification globale des informations relatives à un créancier garanti dans plusieurs avis**

Un créancier garanti identifié dans plusieurs avis inscrits peut demander au registre de modifier les informations le concernant dans l'ensemble de ces avis en une seule modification globale.]

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que l'article 27 apparaît entre crochets dans l'attente de sa décision sur l'éventuelle existence d'un index des créanciers garantis aux fins de recherches internes du personnel du registre (voir note à l'article 14).]*

**Article 28: Radiation de l'avis inscrit**

1. Pour radier un avis inscrit, la personne ayant procédé à l'inscription doit fournir dans les champs appropriés de l'avis de radiation les informations suivantes:

a) Le numéro d'inscription de l'avis à radier; et

b) L'identifiant de chaque créancier garanti autorisant la radiation.

2. Sous réserve de l'article 30, la personne ayant procédé à l'inscription peut radier un avis inscrit à tout moment.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si l'identifiant du constituant est nécessaire lorsque la personne procédant à l'inscription a eu accès au registre (avec son identifiant et son mot de passe, qu'il s'agisse d'un système informatique ou papier) et dispose du numéro d'inscription pertinent. En général, l'identifiant du constituant ne devrait pas être nécessaire pour radier une inscription. Il peut cependant être requis pour éviter une radiation involontaire. Le paragraphe 2 est sous réserve de l'article 30, une règle distincte s'appliquant dans le cas de la radiation obligatoire d'un avis.*]

**Article 29: Copie de l'avis d'inscription, de modification ou de radiation**

1. Lorsqu'un avis est inscrit, modifié ou radié par voie électronique, le registre doit transmettre une copie imprimée ou électronique à chaque personne identifiée comme créancier garanti dans l'avis dès que les informations de l'avis sont saisies dans le fichier du registre.

2. Lorsqu'un avis est inscrit, modifié ou radié autrement que par voie électronique, le registre est tenu d'envoyer sans délai une copie à chaque personne identifiée comme créancier garanti dans l'avis d'inscription, de modification ou de radiation, à l'adresse ou aux adresses qui y figurent.

3. La personne procédant à l'inscription peut obtenir une copie de l'avis d'inscription, de modification ou de radiation dès que les informations sont saisies dans le fichier du registre.

4. La personne procédant à l'inscription envoie à chaque personne identifiée comme constituant dans l'avis, dans les [30 jours à compter de l'inscription], une

copie [imprimée ou électronique] de l'avis d'inscription, de modification ou de radiation, sauf si cette personne a renoncé par écrit au droit de la recevoir.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si la question sur laquelle porte cet article ne relève pas plutôt de la loi, auquel cas elle devrait être examinée dans le commentaire et non traitée dans le projet de règlement type. Il voudra peut-être aussi noter que pour ce qui est de la renonciation visée au paragraphe 3 de cet article, en vertu de la recommandation 10 du* Guide, *l'autonomie des parties s'applique sauf disposition contraire. L'alinéa c) pertinent de la recommandation 55 ne fait pas partie des recommandations non sujettes à l'autonomie des parties, mais prévoit que le manquement du créancier garanti à cette obligation peut entraîner des pénalités et des dommages-intérêts. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si une renonciation à ce droit du constituant devrait être proscrite, dans la mesure où l'envoi aux constituants de copies des avis inscrits est une caractéristique fondamentale du système de dépôt des avis et constitue une protection importante pour le constituant*].

# VI. Obligations du créancier garanti

**Article 30: Modification ou radiation obligatoire d'un avis**

1. Chaque personne identifiée dans l'avis inscrit comme créancier garanti est tenue de présenter au registre un avis de modification ou de radiation, dans la mesure appropriée, au plus tard [15] jours après avoir reçu une demande écrite de la personne identifiée dans l'avis inscrit comme le constituant, si:

a) Aucune convention constitutive de sûreté n'a été conclue entre la personne identifiée comme le créancier garanti et la personne identifiée comme le constituant[, ou si la convention constitutive de sûreté a été révisée];

b) La sûreté sur laquelle porte l'inscription est éteinte du fait d'un paiement ou d'une autre manière; ou

c) Le constituant n'a pas autorisé l'inscription[, du tout ou telle qu'elle est décrite dans l'avis].

2. Aucune somme d'argent ne sera perçue ou acceptée par le créancier garanti à cette fin.

3. Si la personne identifiée dans l'avis inscrit comme créancier garanti ne s'exécute pas en temps voulu, l'auteur de la demande est en droit de demander la radiation ou la modification par une procédure judiciaire ou administrative simplifiée.

4. La personne identifiée dans l'avis inscrit comme le constituant est en droit de demander la radiation ou la modification par une procédure judiciaire ou administrative simplifiée avant même l'expiration du délai prévu au paragraphe 1 à condition qu'il existe des mécanismes appropriés pour protéger le créancier garanti.

5. Le registre radie ou modifie l'avis inscrit dès qu'il reçoit une décision judiciaire ou administrative ordonnant la radiation ou la modification.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le paragraphe 1 de cet article (qui se fonde sur la recommandation 74 du* Guide*) ne se réfère pas à la situation où le créancier garanti ne s'engage pas à accorder un crédit supplémentaire mais que cette situation est couverte parce que si un tel engagement existe la sûreté ne peut être éteinte. Le Groupe de travail voudra peut-être aussi noter que le paragraphe 1 ne se réfère pas aux biens du constituant non visés par la convention constitutive de sûreté mais que cette situation est couverte parce que dans un tel cas il n'y aurait pas d'autorisation du constituant pour l'inscription d'un avis portant sur de tels biens grevés. Le Groupe de travail voudra peut-être compléter le texte entre crochets en apportant des éclaircissements et en établissant plus expressément non seulement les motifs d'un avis de radiation mais aussi ceux d'un avis de modification. Le Groupe de travail voudra peut-être également examiner si le commentaire du projet de guide sur le registre devrait mentionner une autre approche retenue dans certains systèmes juridiques, selon laquelle, l'avis inscrit est annulé automatiquement si le constituant informe le registre que le créancier garanti n'a pas répondu à sa demande en temps voulu. Cette façon de faire réduit la charge de travail du personnel du registre et encourage le créancier garanti à répondre en temps voulu aux demandes de modification et de radiation. Compte tenu du fait que les créanciers garantis sont des parties aux moyens sophistiqués, le risque qu'une demande de modification ou de radiation passe inaperçue et que l'inscription soit radiée par inadvertance est insignifiant. Quant au risque que le constituant abuse de cette approche, tout comme le risque que le créancier garanti abuse du système du registre, il relève non pas du système du registre mais de la législation, notamment d'autres lois que celle sur les opérations garanties. Le commentaire traitera aussi de la question de savoir si le constituant peut demander des informations supplémentaires et si le constituant devrait être en droit a) d'obtenir un nombre limité de réponses sans frais durant une période spécifiée; et b) de demander des dommages-intérêts ou une autre réparation par une procédure judiciaire ou administrative simplifiée.*]

# VII. Recherches

### Article 31: Critères de recherche

Une personne effectuant une recherche dans le fichier du registre peut demander que soit utilisé un des critères de recherche suivants:

a) L'identifiant du constituant;

[b) Le numéro de série d'un bien porteur d'un tel numéro;] ou

c) Le numéro d'inscription initial.

### Article 32: Résultat de la recherche

1. Le résultat de la recherche indique qu'aucune information correspondant au critère de recherche spécifié n'a pu être retrouvée ou contient toutes les informations correspondant au critère de recherche spécifié présentes dans le fichier du registre à la date et à l'heure de la recherche.

2. Le résultat de la recherche contient les informations figurant dans le fichier du registre correspondant [exactement au critère de recherche à l'exception...] [étroitement au critère de recherche].

3. Le registre délivre un certificat de recherche [papier] [électronique] sur demande à toute personne s'étant acquittée des frais de recherche ou pris des dispositions en ce sens et ayant effectué une recherche en utilisant un des critères visés à l'article 31. Le certificat reflète le résultat de la recherche.

4. Le certificat de recherche est admissible comme élément de preuve devant une instance judiciaire. En l'absence de preuve contraire, il constitue la preuve de l'inscription ou de la non-inscription de l'avis sur lequel portait la recherche, notamment de la date et de l'heure de l'inscription, le cas échéant.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le paragraphe 2 a été ajouté pour tenir compte de la logique de recherche (correspondances exactes et exceptions ou correspondances proches). Même s'il peut être important que le registre soit conçu pour permettre de retrouver des correspondances proches, cette approche pourrait être trop large. Dans tous les cas, il importe que les personnes effectuant une recherche sachent quelle est la logique de recherche utilisée par le registre. Le commentaire expliquera que le paragraphe 4 vise à fournir une preuve de l'inscription et pas nécessairement des informations présentes dans le fichier du registre.*]

# VIII. Frais

### Article 33: Frais s'appliquant aux services du registre

**Option A**

1. [Sous réserve du paragraphe 2 du présent article], les frais suivants s'appliquent aux services du registre:

a) Inscriptions:

i) Sur papier [...];

ii) Électroniques [...];

b) Recherches:

i) Sur papier [...];

ii) Électroniques [...];

c) Certificats:

i) Sur papier [...];

ii) Électroniques.

2. Le registre peut conclure un accord avec une personne répondant à toutes les conditions d'utilisation et lui créer un compte d'utilisateur pour faciliter le paiement des frais.

**Option B**

Le [préciser l'autorité administrative] peut fixer par décret les frais et les méthodes de paiement aux fins du présent règlement.

**Option C**

Les services du registre sont gratuits.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter qu'en vertu de l'alinéa i) de la recommandation 54 du* Guide*, les services du registre peuvent être payants ou gratuits et que si frais il y a, ils doivent viser à recouvrer les coûts et non à générer un profit (en tout état de cause, l'alinéa c) de la recommandation 54, qui dispose que l'avis est rejeté en cas de non-paiement, ne s'applique pas à l'option C). Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il y a lieu de conserver une ou plusieurs des options présentées ci-dessus. À cet égard, le Groupe de travail voudra peut-être prendre en compte le fait que les services du registre sont des services commerciaux qui ne devraient pas être payés par l'État (c'est-à-dire par les contribuables). Le Groupe de travail voudra peut-être aussi noter qu'il est normalement facile de réviser un règlement mais que dans certains États, un décret peut être un moyen plus pratique de fixer les frais du registre. Si le Groupe de travail adopte ou conserve l'option A comme une possibilité, il voudra peut-être aussi examiner si les frais devraient dépendre de la durée de l'inscription, afin de refléter plus aisément le coût du stockage des informations pertinentes. Le commentaire du projet de guide sur le registre pourrait expliquer que l'article 33 vise à présenter quelques exemples possibles et que les États peuvent souhaiter adopter une autre réglementation pour le paiement des frais du registre. Le commentaire accompagnant l'option A pourrait préciser que si le registre est exploité par l'État, les services électroniques – ou les recherches seulement – pourraient être gratuits ou peu onéreux*.]

# C. Rapport du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de sa vingt et unième session (New York, 14-18 mai 2012) (A/CN.9/743)

**[Original: anglais]**

**TABLE DES MATIÈRES**

*Paragraphes*

I. Introduction . . . . . 1-7
II. Organisation de la session . . . . . 8-13
III. Délibérations et décisions . . . . . 14
IV. Inscription des sûretés réelles mobilières . . . . . 15-72
A. Informations générales . . . . . 15
B. Terminologie et recommandations (A/CN.9/WG.VI/WP.50 et Add.1) . . . . . 16-68
C. Exemples de formulaires d'inscription (A/CN.9/WG.VI/WP.50/Add.2) . . . . . 69-72
V. Travaux futurs . . . . . 73-76

## I. Introduction

1. À sa présente session, le Groupe de travail VI (Sûretés) a continué d'œuvrer à l'élaboration d'un texte sur l'inscription des sûretés réelles mobilières, conformément à une décision prise par la Commission à sa quarante-troisième session, en 2010[1].

2. À sa quarante-troisième session, en 2010 (New York, 21 juin-9 juillet 2010), la Commission a examiné une note du Secrétariat sur les travaux futurs possibles dans le domaine des sûretés (A/CN.9/702 et Add.1). Cette note passait en revue tous les thèmes abordés lors d'un colloque international sur les opérations garanties (Vienne, 1er-3 mars 2010), à savoir l'inscription d'avis concernant les sûretés réelles mobilières, les sûretés réelles mobilières sur les titres non intermédiés, une loi type sur les opérations garanties, un guide contractuel sur les opérations garanties, l'octroi de licences de propriété intellectuelle et l'application des textes de la CNUDCI sur les opérations garanties[2]. La Commission est convenue que toutes ces questions présentaient un intérêt et devraient être inscrites à son programme de travaux futurs afin qu'elle puisse les examiner lors d'une session ultérieure. Cependant, compte tenu des ressources limitées dont elle disposait, elle est

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

[2] On trouvera les exposés présentés lors du colloque à l'adresse www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia/3rdint.html.

convenue que la priorité devrait être accordée à la question de l'inscription des sûretés réelles mobilières[3].

3. Cette décision se fondait sur l'idée qu'un tel texte compléterait utilement les travaux de la Commission sur les opérations garanties et donnerait aux États les orientations dont ils avaient besoin d'urgence pour l'établissement et l'exploitation d'un registre des sûretés. En outre, 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 efficace et accessible au public. Il a également été souligné que le Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties (le "Guide sur les opérations garanties") 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[4]. La Commission est également convenue que, si l'on pouvait confier au Groupe de travail le soin de déterminer exactement la forme et la structure du texte, celui-ci pourrait: a) comprendre des principes, des lignes directrices, un commentaire, des recommandations et des modèles de règles; et b) se fonder sur le Guide sur les opérations garanties, sur des textes établis par d'autres organisations et sur les régimes juridiques nationaux ayant mis en place des registres des sûretés similaires à celui recommandé dans le Guide sur les opérations garanties[5].

4. À sa dix-huitième session (Vienne, 8-12 novembre 2010), le Groupe de travail a commencé ses travaux d'élaboration d'un texte sur l'inscription d'avis concernant les sûretés réelles mobilières en examinant une note du Secrétariat intitulée "Inscription des sûretés réelles mobilières" (A/CN.9/WG.VI/WP.44 et Add.1 et 2). Ayant conclu que le Guide sur les opérations garanties était conforme aux principes directeurs des textes de la CNUDCI sur le commerce électronique, il a également examiné certaines questions soulevées par l'utilisation de communications électroniques dans les registres des sûretés pour faire en sorte que, comme le Guide sur les opérations garanties, le texte sur l'inscription soit également conforme à ces principes (A/CN.9/714, par. 34 à 47).

5. À sa dix-neuvième session (New York, 11-15 avril 2011), le Groupe de travail a examiné une note du Secrétariat intitulée "Projet de guide sur le registre des sûretés réelles mobilières" (A/CN.9/WG.VI/WP.46 et Add.1 à 3). À cette session, différents points de vue ont été exprimés sur la forme et la teneur du texte à élaborer (A/CN.9/719, par. 13 et 14), ainsi que sur la question de savoir si celui-ci devrait prendre la forme d'un règlement type ou de recommandations (A/CN.9/719, par. 46).

6. À sa quarante-quatrième session (Vienne, 27 juin-8 juillet 2011), la Commission a souligné l'utilité des travaux du Groupe de travail, compte tenu en particulier des efforts déployés par les États pour mettre en place un registre, ainsi que l'impact bénéfique que celui-ci pourrait avoir sur l'offre de crédit et le coût du crédit. S'agissant de la forme et de la teneur du texte à élaborer, la Commission est convenue qu'il n'était pas nécessaire de modifier le mandat du Groupe de travail en vertu duquel celui-ci prendrait une décision à ce sujet. Il a également été convenu

---

[3] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), par. 264 et 273.

[4] Ibid., par. 265.

[5] Ibid., par. 266.

qu'en tout état de cause, elle trancherait définitivement la question lorsque le Groupe de travail aurait achevé ses travaux et lui aurait soumis le texte[6].

7. À sa vingtième session (Vienne, 12-16 décembre 2011), le Groupe de travail a poursuivi ses travaux sur la base d'une note établie par le Secrétariat, intitulée "Projet de guide sur le registre des sûretés réelles mobilières" (A/CN.9/WG.VI/WP.48/Add.3). Il est convenu que le texte devrait prendre la forme d'un guide accompagné d'un commentaire et de recommandations (le "projet de guide sur le registre") semblable au Guide sur les opérations garanties (A/CN.9/740, par. 18). Il a été convenu en outre que, lorsque le texte présenterait des options, des exemples de règles types pourraient être insérés en annexe au projet de guide sur le registre. En ce qui concerne la présentation du texte, il a été convenu que le projet de guide sur le registre prendrait la forme d'un texte distinct, autonome et complet, conforme au Guide sur les opérations garanties, et intitulé provisoirement "Guide législatif technique sur la mise en place d'un registre des sûretés réelles mobilières" (A/CN.9/740, par. 30). Concernant les travaux futurs, il a été convenu que le projet de guide sur le registre était certes un texte important dont les États avaient besoin d'urgence, mais qu'il était prématuré de décider d'en soumettre tout ou partie à la Commission afin qu'elle l'approuve à sa quarante-cinquième session (A/CN.9/740, par. 92). Il a été largement estimé que le Groupe de travail devrait pouvoir examiner la question de ses travaux futurs à sa vingt et unième session, lorsqu'il aurait une meilleure vue d'ensemble du contenu du projet de guide sur le registre. Le Groupe de travail a prié le Secrétariat de préparer une version révisée du texte en tenant compte de ses délibérations et décisions (A/CN.9/740, par. 13).

# II. Organisation de la session

8. Le Groupe de travail, qui était composé de tous les États membres de la Commission, a tenu sa vingt et unième session à New York du 14 au 18 mai 2012. Y ont assisté des représentants des États membres suivants: Afrique du Sud, Allemagne, Autriche, Bénin, Brésil, Cameroun, Canada, Chili, Chine, Colombie, El Salvador, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Gabon, Inde, Israël, Italie, Japon, Kenya, Mexique, Nigéria, Norvège, Ouganda, Paraguay, Philippines, Pologne, République de Corée, Thaïlande, Turquie et Venezuela (République bolivarienne du).

9. Ont assisté à la session des observateurs des États suivants: Arabie saoudite, Belgique, Croatie, Ghana, Guatemala, Indonésie, Iraq, Koweït et Suisse. Y ont également assisté des observateurs du Saint-Siège et de l'Union européenne.

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

a) *Système des Nations Unies*: Banque mondiale;

b) *Organisations non gouvernementales internationales invitées par la Commission*: American Bar Association (ABA), Association européenne des étudiants en droit (ELSA), Association of the Bar of the City of New York (ABCNY), Association of the Bar of the State of New York, Commercial Finance

---

[6] Ibid., *soixante-sixième session, Supplément n° 17* (A/66/17), par. 225.

Association (CFA), International Insolvency Institute (III), National Law Centre for Inter-American Free Trade et Union internationale des huissiers de justice (UIHJ).

11. Le Groupe de travail a élu le Bureau suivant:

*Président*: M. Rodrigo LABARDINI FLORES (Mexique)

*Rapporteuse*: M^me^ Liv Johanne RO (Norvège)

12. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants: A/CN.9/WG.VI/WP.49 (Ordre du jour provisoire annoté), A/CN.9/WG.VI/WP.50 et Add.1 et 2 (Projet de guide législatif technique sur la mise en place d'un registre des sûretés réelles mobilières), A/CN.9/WG.VI/WP.48 et Add.1 et 2 (Projet de guide sur le registre des sûretés réelles mobilières).

13. 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. Inscription des sûretés réelles mobilières.
5. Questions diverses.
6. Adoption du rapport.

# III. Délibérations et décisions

14. Le Groupe de travail a examiné une note du Secrétariat intitulée "Projet de guide législatif technique sur la mise en place d'un registre des sûretés réelles mobilières" (A/CN.9/WG.VI/WP.50 et Add.1 et 2). Ses délibérations et décisions sont exposées ci-après aux chapitres IV et V. Le Secrétariat a été prié de préparer une version révisée du texte en tenant compte de ces délibérations et décisions.

# IV. Inscription des sûretés réelles mobilières

## A. Informations générales

15. Rappelant qu'il avait décidé que le texte à élaborer devrait prendre la forme d'un guide tel que le Guide sur les opérations garanties (A/CN.9/740, par. 18), le Groupe de travail a décidé d'examiner en premier lieu la terminologie et les recommandations du projet de guide sur le registre (A/CN.9/WG.VI/WP.50 et Add.1). Il a en outre décidé de reporter l'examen de la question de savoir si le projet de guide sur le registre devrait comporter des exemples de règles types après qu'il aurait terminé l'examen des recommandations.

## B. Terminologie et recommandations (A/CN.9/WG.VI/WP.50 et Add.1)

16. Pour ce qui est de la définition du terme “modification”, il a été convenu qu’il faudrait préciser que la suppression d’informations contenues dans un avis n’équivaudrait pas à la radiation de l’avis. Il a également été convenu que le terme “radiation” devrait aussi être expliqué.

17. S’agissant du terme “constituant”, il a été convenu que pour éviter toute confusion, le terme étant expliqué différemment dans le Guide sur les opérations garanties, sa signification dans le projet de guide sur le registre devrait être expliquée par référence aux cas où il était question de l’avis. Il a été suggéré d’expliquer également le terme “créancier garanti” de la même manière que le terme “constituant”, en faisant référence à la personne désignée dans l’avis comme étant le créancier garanti, puisqu’au moment de l’inscription il pouvait ne pas y avoir de créancier garanti (ni de constituant) effectif. Compte tenu de la signification attribuée au terme “personne procédant à l’inscription”, il a été convenu de reporter l’examen de la question après que le Groupe de travail aurait terminé d’examiner les recommandations du projet de guide sur le registre et décidé quelle expression utiliser.

18. S’agissant du terme “inscription”, il a été suggéré de faire également référence aux modifications. Cependant, il a été convenu qu’une telle référence était superflue puisque le terme “avis” pouvait désigner un avis initial, un avis de modification ou un avis de radiation.

19. S’agissant du terme “numéro de l’inscription”, il a été convenu que la référence à “tout avis ultérieur” était superflue et devrait être supprimée.

20. S’agissant du terme “fichier du registre”, divers avis ont été exprimés quant à savoir s’il s’agissait des renseignements figurant dans l’ensemble des avis ou juste un avis donné. Le Groupe de travail est convenu qu’il se prononcerait après avoir examiné les recommandations pertinentes du projet de guide sur le registre (voir par. 68 ci-après).

21. Sous réserve des modifications susmentionnées (voir par. 16 à 20 ci-dessus), le Groupe de travail a approuvé la terminologie quant au fond.

**Recommandation 1: Le registre**

22. Le Groupe de travail a approuvé la recommandation 1 quant au fond sans modification.

**Recommandation 2: Nomination du conservateur**

23. Le Groupe de travail a approuvé la recommandation 2 quant au fond sans modification.

**Recommandation 3: Obligations du conservateur**

24. Le Groupe de travail est convenu que même si la recommandation 3 n’ajoutait rien de neuf au projet de guide sur le registre, il convenait de la conserver comme une liste indicative des obligations du registre. Il a également été convenu que

l'alinéa d) devrait être aligné sur la recommandation 70 du Guide sur les opérations garanties (et renvoyer à la date et à l'heure auxquelles les informations d'un avis devenaient accessibles aux personnes effectuant une recherche) et que l'alinéa i) devrait être aligné sur l'alinéa e) de la recommandation 55 du Guide sur les opérations garanties (et préciser qu'une copie de l'avis ne devait être envoyée qu'à la personne qui avait inscrit l'avis). Plusieurs suggestions de formulation ont été formulées et renvoyées au Secrétariat. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé la recommandation 3 quant au fond.

**Recommandation 4: Accès du public aux services du registre**

25. Le Groupe de travail a approuvé la recommandation 4 quant au fond sans modification.

**Recommandation 5: Horaires de fonctionnement du registre**

26. Il a été convenu que la recommandation 5 devrait être révisée de manière à ne pas donner à penser qu'un registre devrait maintenir une présence physique. Il a également été convenu que le passage entre crochets de l'alinéa d), sur les circonstances qui justifieraient une suspension des services du registre, devrait être supprimé et qu'on pourrait traiter la question dans le commentaire en renvoyant à une liste indicative de ces circonstances. Il a également été convenu que le commentaire devrait traiter de la responsabilité potentielle du registre (et non de celle des membres du personnel du registre) en renvoyant la question au droit national. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé la recommandation 5 quant au fond.

**Recommandation 6: Accès aux services d'inscription**

27. Le Groupe de travail est convenu que seuls les alinéas a) i) à iii) et b) i) à iii) de la recommandation 6 devaient être conservés, le reste du texte n'énonçant pas les conditions d'accès aux services d'inscription mais des conditions d'efficacité de l'inscription ou des motifs de rejet d'un avis, question abordée dans la recommandation 9 (voir par. 30 ci-après). Sous réserve de cette modification, le Groupe de travail a approuvé la recommandation 6 quant au fond.

**Recommandation 7: Accès aux services de recherche**

28. Le Groupe de travail est convenu que la seule condition pour qu'une personne ait accès aux services de recherche d'un registre devrait être qu'elle ait payé les éventuels frais de recherche ou pris des dispositions pour les payer. Il a en outre été convenu d'expliquer dans le commentaire que toute autre exigence non mentionnée dans le Guide sur les opérations garanties (par exemple, l'identification de la personne effectuant la recherche) devait être laissée au droit national. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé la recommandation 7 quant au fond.

**Recommandation 8: Autorisation**

29. Le Groupe de travail est convenu que le commentaire de la recommandation 8 (et de toute autre recommandation pertinente) devrait expliquer quelle partie de la recommandation comportait une instruction à l'intention du registre et quelle partie

résumait ou paraphrasait le Guide sur les opérations garanties, en renvoyant à l'historique. Sous réserve de ces modifications du commentaire, le Groupe de travail a approuvé la recommandation 8 quant au fond.

**Recommandation 9: Rejet d'une inscription ou d'une demande de recherche**

30. Il a été convenu que seuls les alinéas d) et e), qui traitaient des motifs de rejet d'une demande d'inscription, devraient être conservés, alors que les alinéas a) à c), qui traitaient des conditions d'accès aux services du registre, étaient couverts par la recommandation 6 (voir par. 27 ci-dessus). Il a également été convenu que les motifs de rejet d'une demande d'inscription devaient être traités différemment des motifs de rejet d'une demande de recherche. À cet égard, il a été convenu que si une personne ayant obtenu l'accès aux services de recherche n'indiquait pas le bon critère de recherche, sa recherche ne donnerait pas un résultat exact, mais ne serait pas rejetée. En outre, il a été convenu que l'alinéa f) devait se limiter aux circonstances où seules les informations demandées étaient illisibles. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé la recommandation 9 quant au fond.

**Recommandation 10: Date et heure de l'inscription**

31. Il a été convenu que la recommandation 10 devrait commencer par la règle figurant à l'alinéa c), qui énonce le principe de la recommandation, dont le fondement est la recommandation 70 du Guide sur les opérations garanties. Il a été convenu également que l'alinéa a) serait révisé de manière à renvoyer également à la date et à l'heure auxquelles les informations d'un avis devenaient accessibles aux personnes effectuant une recherche, point de référence pour établir la priorité selon le Guide sur les opérations garanties. De plus, il a été convenu que l'alinéa b) devrait apparaître ensuite de manière à indiquer au registre que les informations figurant dans les avis devraient être saisies dans le fichier dans l'ordre dans lequel elles étaient reçues. Il a en outre été convenu de préciser dans le commentaire que dans un système hybride, conformément à la recommandation 10, et étant donné que le Guide sur les opérations garanties préconise un registre électronique (recommandation 54, al. j)), l'avis qui deviendrait le premier accessible aux personnes effectuant une recherche (par exemple, l'avis transmis directement par voie électronique, même s'il est soumis après un avis papier) aurait la priorité. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé la recommandation 10 quant au fond.

**Recommandation 11: Période d'effet de l'inscription**

32. Le Groupe de travail est convenu que toutes les options de la recommandation 11 devraient être conservées et qu'il devrait être expliqué dans le commentaire que l'option choisie par un État adoptant devrait correspondre à sa loi sur les opérations garanties. S'agissant de l'option A, il a été convenu que, même si ce point pourrait être examiné dans le commentaire, la possibilité pour les parties de s'entendre sur une diminution de la période d'effet légale ne devrait pas être recommandée, puisque cela entraînerait des frais supplémentaires de conception du registre, et que l'inscription pourrait être annulée si la dette était payée avant l'expiration de la période d'effet légale. S'agissant de l'option B, il a été convenu d'expliquer dans le commentaire que son libellé correspondait à l'approche

recommandée dans le Guide sur les opérations garanties (recommandation 69) et ne signifiait pas nécessairement qu'une inscription conserverait son effet indéfiniment, puisque la période d'effet serait indiquée dans l'avis et que si la dette était payée, l'inscription pourrait être annulée. Il a également été convenu que l'obligation pour la personne procédant à l'inscription d'indiquer dans l'avis la période d'effet de celle-ci devrait être considérée comme impérative et qu'un avis serait rejeté s'il ne comportait pas cette indication. Cependant, il a aussi été convenu que le commentaire pourrait examiner la possibilité de concevoir le registre de telle sorte qu'il indique automatiquement une certaine durée d'effet si la personne procédant à l'inscription ne le faisait pas. Sous réserve de ces modifications du commentaire, le Groupe de travail a approuvé la recommandation 11 quant au fond sans modification.

**Recommandation 12: Moment où un avis peut être inscrit**

33. Le Groupe de travail est convenu que le commentaire devrait expliquer que les recommandations 12 et 13 ne devraient pas traiter de questions liées au fonctionnement du registre mais énoncer des règles juridiques à des fins instructives. Sous réserve de cette précision dans le commentaire, le Groupe de travail a approuvé la recommandation 12 quant au fond sans modification.

**Recommandation 13: Caractère suffisant d'un avis unique**

34. Sous réserve de la précision susmentionnée dans le commentaire (voir par. 33), le Groupe de travail a approuvé la recommandation 13 quant au fond sans modification.

**Recommandation 14: Indexation des informations dans le fichier du registre**

35. Il a été convenu de conserver l'alinéa b) sans crochets mais de le modifier afin d'énoncer la règle selon laquelle une recherche ne pourrait être effectuée qu'à partir de l'identifiant du constituant et non de celui du créancier garanti. Il a également été convenu que le commentaire pourrait expliquer qu'un créancier garanti devrait pouvoir effectuer une recherche à partir de son nom (établissant son identité) et que le registre devrait pouvoir effectuer une recherche à partir du nom du créancier garanti pour procéder à une modification globale. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé la recommandation 14 quant au fond.

**Recommandation 15: Intégrité du fichier du registre**

36. Le Groupe de travail a approuvé la recommandation 15 quant au fond sans modification.

**Recommandation 16: Modification des informations qui figurent dans le fichier du registre**

37. Il a été convenu que la recommandation 16 devrait être révisée de manière à disposer que le registre devrait permettre la modification d'informations figurant dans son fichier après inscription d'un avis de modification ou en exécution d'une décision judiciaire ou administrative. Il a également été convenu que le commentaire devrait préciser que seul le créancier garanti a le droit d'effectuer une modification, le constituant pouvant demander une modification conformément à la

recommandation 32. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé la recommandation 16 quant au fond.

**Recommandation 17: Retrait d'informations du fichier du registre**

38. Il a été convenu de modifier la seconde phrase de la recommandation 17 de manière à préciser qu'elle porte sur les cas d'annulation obligatoire énoncés dans la recommandation 32. Sous réserve de cette modification, le Groupe de travail a approuvé la recommandation 17 quant au fond.

**Recommandation 18: Archivage des informations retirées du fichier du registre**

39. Il a été convenu de réviser la recommandation 18 de manière à préciser que les informations devaient pouvoir être récupérées afin de pouvoir y effectuer une recherche. Il a également été convenu que l'État adoptant devrait être libre de décider le moment de l'archivage. En outre, il a été convenu d'examiner dans le commentaire les différents objectifs de l'archivage des informations (par exemple établir la priorité en cas de procédure judiciaire ou de procédure d'insolvabilité prolongées ou aux fins de la législation fiscale ou de lutte contre le blanchiment d'argent). Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé la recommandation 18 quant au fond.

**Recommandation 19: Responsabilité concernant les informations figurant dans un avis**

40. Il a été convenu de préciser dans le commentaire que, conformément à l'alinéa d) de la recommandation 54 du Guide sur les opérations garanties, le registre n'avait pas à vérifier l'exactitude, l'exhaustivité ou le caractère suffisant des informations figurant dans un avis, mais qu'il pouvait le faire dès lors que, sauf dans les circonstances décrites dans la recommandation 9, il ne rejetait pas un avis inexact, incomplet ou insuffisant, et qu'il n'était pas tenu responsable. Il a aussi été convenu de préciser dans le commentaire que la recommandation 19 visait avant tout à indiquer qu'il incombe à la personne procédant à l'inscription et non au registre de vérifier que les informations figurant dans un avis sont exactes, complètes ou juridiquement suffisantes. Sous réserve de ces précisions dans le commentaire, le Groupe de travail a approuvé sans modification la recommandation 19 quant au fond.

**Recommandation 20: Langue de l'avis**

41. Il a été convenu que la recommandation 20 devrait établir une distinction entre la langue dans laquelle les informations figurant dans un avis devraient être exprimées, qui devrait être indiquée dans la réglementation sur le registre, et un jeu de caractères accessible au public, qui ne devrait pas nécessairement figurer dans la réglementation sur le registre mais pourrait être simplement publié et ainsi plus facilement modifié par le registre. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé la recommandation 20 quant au fond.

**Recommandation 21: Informations devant figurer dans l'avis initial**

42. Il a été convenu que la nécessité pour la personne procédant à l'inscription de saisir les informations demandées dans les champs de l'avis prévus à cet effet était

une question importante et devrait faire l'objet d'un alinéa distinct. Il a également été convenu que la recommandation 25 devrait être alignée sur l'alinéa a) ii) de la recommandation 21, qui renvoie au créancier garanti "ou à son représentant". À cet égard, il a été convenu de préciser dans le commentaire les raisons pour lesquelles la recommandation 57 du Guide sur les opérations garanties faisait référence au représentant du créancier garanti. Il a également été convenu de préciser dans le commentaire qu'au cas où il y aurait plusieurs constituants ou créanciers garantis, leurs identifiants et leurs adresses devraient être saisis dans les champs destinés aux informations concernant le constituant ou le créancier garanti. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé la recommandation 21 quant au fond.

**Recommandation 22: Identifiant du constituant (personne physique)**

43. Il a été convenu de supprimer le texte entre crochets de l'alinéa a) de la variante A de la recommandation 22 et de présenter la variante A comme option A. De l'avis général, la recommandation 22 se rapprochait ainsi davantage de la recommandation 59 du Guide sur les opérations garanties. Il a été convenu en outre de remplacer l'alinéa a) de la variante B par un texte tel que "le nom du constituant et toute autre information spécifiée par le registre pour bien individualiser le constituant, telle que sa date de naissance et son numéro d'identification personnel, le cas échéant" et de présenter la variante B comme option B. De l'avis général, cette solution permettrait de bien individualiser le constituant tout en apportant à la fois certitude et souplesse, dans la mesure où elle laissait la question à la discrétion de chaque État adoptant. Il a été convenu en outre: a) à l'alinéa d) iii), de faire référence à des documents à fort caractère officiel, tels qu'une carte d'identité ou un permis de conduire; b) à l'alinéa d) vi), de faire référence à "deux des documents officiels suivants, pour autant que le nom qui y apparaît soit le même", en laissant l'État adoptant libre de préciser lesquels (par exemple, carte de sécurité sociale ou carte d'assurance maladie). De l'avis général, cette solution permettrait d'éviter toute incohérence entre ces deux alinéas, tout en apportant à la fois certitude et souplesse.

44. D'un point de vue rédactionnel, il a été suggéré de placer dans le chapeau de la recommandation 22 l'indication qu'il s'agissait d'un constituant personne physique et de la supprimer de l'ensemble des alinéas. Il a été convenu également d'expliquer dans le commentaire qu'eu égard aux recommandations sur le conflit de lois figurant dans le Guide sur les opérations garanties, la législation de l'État adoptant (y compris sa réglementation concernant le registre) pourrait s'appliquer à une sûreté constituée par un constituant étranger. De plus, il a été convenu de préciser dans le commentaire que l'identifiant du constituant devrait être établi sur la base de documents officiels en cours de validité délivrés par l'État adoptant. Il a été convenu en outre d'expliquer dans le commentaire que la recommandation 22 traite de l'effet d'une inscription et non de son rejet.

45. Sous réserve des modifications susmentionnées (voir par. 43 et 44 ci-dessus), le Groupe de travail a approuvé la recommandation 22 quant au fond.

**Recommandation 23: Identifiant du constituant (personne morale)**

46. Le Groupe de travail est convenu de conserver les options A et B de la recommandation 23 mais de les réviser comme suit: "Option A: son nom tel qu'il [apparaît] [est écrit] dans le dernier [document, texte législatif ou décret à préciser

par l'État adoptant] constitutif de la personne morale. Option B: son nom tel qu'il [apparaît] [est écrit] dans le dernier [document, texte législatif ou décret à préciser par l'État adoptant] constitutif de la personne morale et toute autre information spécifiée par le registre pour bien individualiser le constituant". Le Groupe de travail est convenu en outre de verser les variantes A et B dans le commentaire à titre d'exemples et d'indications, de manière à fournir des orientations tout en évitant une approche prescriptive, étant donné que la dénomination exacte du type de société concerné dans chaque cas varierait d'un État à l'autre. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé la recommandation 23 quant au fond.

**Recommandation 24: Identifiant du constituant (autres cas)**

47. Le Groupe de travail est convenu de modifier le titre de la recommandation 24 de sorte qu'il y soit question de cas particuliers et non d'autres cas, le mot "autres" donnant à penser que le constituant pourrait n'être ni une personne physique ni une personne morale, et donc ne pas avoir le pouvoir de constituer une sûreté. À cet égard, il a été noté que la recommandation 24 traitait non pas de la question de savoir qui pouvait être un constituant ou qui avait le pouvoir de constituer une sûreté (question qui relevait d'autres textes législatifs), mais de l'identifiant de constituants particuliers. Il a été convenu en outre de conserver la recommandation 24, qui traite de l'identifiant du constituant dans certains cas importants. Il a cependant été convenu également de la placer entre crochets et de considérer qu'elle énonce des exemples que les États adoptants pourraient choisir et adapter à leur propre législation, le traitement de ces situations variant d'un État à l'autre. De l'avis général, il convenait de faire preuve de souplesse, puisque certains des exemples mentionnés (tels que les successions et les fiducies) ne se retrouvaient pas dans l'ensemble des systèmes juridiques. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé la recommandation 24 quant au fond.

48. Plusieurs suggestions ont été faites quant à la manière de mettre en œuvre l'approche retenue. Une suggestion était de distinguer trois catégories de cas: une comprenant les cas où le constituant agit au nom du débiteur (représentant de l'insolvabilité), une deuxième comprenant les cas où le constituant fait partie d'un consortium ou d'une coentreprise, et une troisième comprenant les cas où le constituant est une entité autre. Une autre suggestion était de ne conserver que les alinéas e) et f), dûment modifiés. Une autre suggestion encore était de faire référence dans la recommandation 24 aux numéros d'identification, conformément à l'approche suivie dans les recommandations 22 et 23. Le Groupe de travail a confié au Secrétariat la rédaction de ce point.

**Recommandation 25: Identifiant du créancier garanti**

49. Il a été convenu de faire référence, dans la recommandation 25, au créancier garanti "ou son représentant". De l'avis général, une telle approche correspondrait à l'alinéa a) ii) de la recommandation 21 du projet de guide sur le registre et à la recommandation 57 du Guide sur les opérations garanties. Il a également été convenu de réviser l'expression "personne d'un des types" à l'alinéa c). De plus, il a été convenu de préciser dans le commentaire que l'identifiant du créancier garanti devrait être simplement son nom sans autre information (puisque par exemple les numéros d'inscription n'intervenaient pas dans l'identification de personnes

morales). Il a été convenu enfin que le commentaire du chapitre IV devrait traiter des conséquences juridiques d'une indication incorrecte de l'identifiant du constituant (recommandation 58) et de celui du créancier garanti (recommandation 64). Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé la recommandation 25 quant au fond.

**Recommandation 26: Description des biens grevés**

50. Il a été convenu de modifier l'alinéa a) comme suit: "Si les biens grevés sont décrits dans un avis, ils doivent l'être de façon à être suffisamment identifiables". De l'avis général, cette modification évitait de donner l'impression que tous les avis de modification devaient comporter une description des biens grevés. Il a été convenu également de diviser l'alinéa b) en deux parties, une renvoyant à l'ensemble des biens présents et futurs d'une catégorie générique de biens meubles et l'autre à l'ensemble des biens meubles présents et futurs du constituant. Il a été convenu en outre d'examiner en détail dans le commentaire la description des biens porteurs d'un numéro de série. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé la recommandation 26 quant au fond.

**Recommandation 27: Informations incorrectes ou insuffisantes**

51. Il a été convenu que la référence à l'avis de modification figurant à l'alinéa a) devrait se limiter aux avis concernant la modification de l'identifiant du constituant, puisque tous les avis de modification ne nécessiteraient pas l'identifiant correct du constituant. Il a aussi été convenu d'harmoniser la terminologie utilisée dans le Guide sur le registre en ce qui concerne l'effet "d'une inscription" ou "d'un avis inscrit". Il a été convenu en outre d'ajouter un nouvel alinéa pour indiquer qu'en cas de pluralité de constituants, une erreur dans l'identifiant de l'un des constituants ne priverait pas l'inscription d'effet pour ce qui est des autres constituants correctement identifiés. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé la recommandation 27 quant au fond.

**Recommandation 28: Informations devant figurer dans un avis de modification**

52. Il a été convenu de maintenir l'alinéa b) entre crochets. De l'avis général, l'alinéa b) pourrait être adopté par un État si, conformément à la recommandation 62 du Guide sur les opérations garanties, il choisissait l'approche correspondante dans sa législation sur les opérations garanties (voir Guide sur les opérations garanties, chap. IV, par. 78 à 80). Il a également été convenu que l'alinéa b) devrait être modifié de manière à préciser qu'un avis de modification signalant un transfert des biens grevés devrait indiquer l'identifiant et l'adresse du bénéficiaire du transfert en tant que constituant supplémentaire (sans remplacer l'identifiant et l'adresse de l'auteur du transfert en tant que constituant initial). Il a été convenu en outre que l'incidence d'une telle approche devrait être expliquée en détail dans le commentaire.

53. Il a également été convenu de supprimer l'alinéa c) et de n'envisager la question qui y était traitée que comme une possibilité dans le commentaire. De l'avis général, une approche telle que celle de l'alinéa c) ne pouvait être recommandée, étant donné que la recommandation 94 du Guide sur les opérations garanties ne prévoyait pas l'inscription d'avis concernant un accord de cession de rang. De plus, il a été convenu de modifier l'alinéa e) de manière à ce qu'une

modification puisse porter sur une ou plusieurs fonctions. Il a été convenu en outre d'indiquer dans le commentaire qu'une fonction pouvait en exclure une autre (par exemple, un créancier garanti ayant modifié son identifiant ne pourrait plus modifier la description des biens grevés). Quant à savoir qui serait autorisé à inscrire un avis de modification, il a été convenu de renvoyer dans le commentaire à la recommandation 8.

54. Il a également été convenu que le commentaire pourrait expliquer qu'une numérotation séquentielle des avis de modification serait superflue puisque tous ces avis se verraient attribuer un jour et une heure conformément à la recommandation 10. Il a également été convenu d'expliquer dans le commentaire: a) qu'une modification de l'identifiant du constituant serait indexée par l'ajout du nouvel identifiant comme s'il s'agissait d'un nouveau constituant; b) que dans un tel cas, l'inscription pourrait être retrouvée aussi bien à partir de l'ancien identifiant du constituant qu'à partir du nouveau; et c) que cette manière de procéder ne créerait aucune confusion puisque les avis seraient indexés suivant un ordre séquentiel.

55. Sous réserve des modifications susmentionnées (voir par. 52 à 54 ci-dessus), le Groupe de travail a approuvé la recommandation 28 quant au fond.

**Recommandation 29: Modification globale des informations relatives à un créancier garanti dans plusieurs avis**

56. Il a été convenu de modifier la recommandation 29 de manière à permettre également à la personne procédant à l'inscription d'effectuer directement une modification globale, si le registre était ainsi conçu (point qui devrait être examiné dans le commentaire). Il a également été dit qu'en cas de modification globale, pour protéger le créancier garanti de modifications frauduleuses, le registre devrait pouvoir demander et vérifier l'identité de la personne procédant à l'inscription (définie comme "la personne désignée dans l'avis comme étant le créancier garanti"). Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé la recommandation 29 quant au fond et décidé de conserver le texte sans crochets.

**Recommandation 30: Informations devant figurer dans un avis de radiation**

57. Il a été convenu que l'intitulé de la recommandation 30 (et des autres recommandations pertinentes) pourrait être modifié de manière à indiquer que cette recommandation traite aussi du moment où un avis de radiation peut être inscrit. Il a également été convenu d'expliquer dans le commentaire pourquoi il n'était pas exigé que l'identifiant du constituant figure dans un avis de radiation, qu'il s'agisse d'un système d'inscription papier ou électronique. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé la recommandation 30 quant au fond.

**Recommandation 31: Copie de l'avis**

58. Il a été convenu d'aligner les alinéas a) et b) sur la recommandation 55 d) du Guide sur les opérations garanties mais aussi de les formuler comme des recommandations et non comme des dispositions légales traitant d'obligations ou de responsabilité. Pour ce qui est de l'alinéa c), il a été convenu que la personne procédant à l'inscription devrait envoyer une copie de l'avis au constituant peu après en avoir reçu copie du registre. De l'avis général, le moment de la saisie des informations dans le fichier du registre ne pouvait tenir lieu de point de départ pour

le calcul de cette période, puisqu'il pouvait ne pas être connu de la personne procédant à l'inscription. Il a également été convenu de supprimer de l'alinéa c) le texte entre crochets, puisque l'envoi de copies des avis inscrits aux constituants était généralement considéré comme une caractéristique fondamentale du système d'inscription et une protection importante pour les constituants. S'agissant de l'emplacement de la recommandation 31 dans le texte, il a été suggéré de glisser les alinéas a) et b) dans une recommandation traitant des obligations du registre (par exemple la recommandation 3) et l'alinéa c) dans le chapitre V traitant des obligations du créancier garanti. Même si cette suggestion a recueilli un certain appui, il a été convenu que la place de la recommandation 31 était bien dans le chapitre IV sur les informations contenues dans l'inscription. Par souci de cohérence, il a été suggéré d'utiliser l'expression "copie de l'inscription" plutôt que l'expression "copie de l'avis". Notant que les deux expressions étaient utilisées dans les recommandations du Guide sur les opérations garanties, le Groupe de travail a renvoyé cette question rédactionnelle au Secrétariat. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé la recommandation 31 quant au fond.

**Recommandation 32: Modification ou radiation obligatoire**

59. Il a été convenu d'inclure avant la recommandation 32 une nouvelle recommandation énonçant le principe que dans les circonstances que décrit la recommandation 32 (telles que le paiement de l'obligation garantie et extinction de la sûreté), le créancier garanti est tenu de modifier ou d'annuler l'inscription et pourrait percevoir les frais convenus avec le constituant. Il a été convenu également que si le créancier garanti manquait à cette obligation, le constituant pourrait demander une modification ou une annulation obligatoire en vertu de la recommandation 32. En ce qui concerne l'alinéa a) i), il a été convenu de conserver le texte entre crochets et de le reformuler comme suit: "ou si la convention constitutive de sûreté a été révisée de sorte que l'avis n'est plus exact". Il a été convenu également de conserver sans crochets le texte entre crochets de l'alinéa a) iii). En dépit d'un doute exprimé initialement, il a été convenu que l'alinéa b) était approprié et que le créancier garanti ne devrait pas avoir le droit de percevoir des frais s'il manquait à ses obligations et ne donnait pas suite à la demande légitime du constituant de modifier ou d'annuler l'avis (ce ne sera pas le cas si le créancier garanti n'a pas manqué à ses obligations et si la demande du constituant est inappropriée).

60. En ce qui concerne l'alinéa e), il a été convenu: a) de modifier le chapeau comme suit: "L'avis de modification ou d'annulation visé par la présente recommandation est inscrit par"; b) de conserver les variantes A et B et de supprimer la variante C. De l'avis général, une décision de modification ou d'annulation devrait être inscrite par le registre ou par un fonctionnaire judiciaire ou administratif mais pas par le constituant. Il a été convenu également d'ajouter aux recommandations un nouveau formulaire pour l'avis d'exécution d'une décision judiciaire ou administrative, qui comprendrait tous les éléments requis pour qu'un avis prenne effet. Enfin, il a été convenu de préciser dans le commentaire: a) que si une convention constitutive de sûreté avait été conclue mais que sa validité faisait l'objet d'un différend entre le créancier garanti et le constituant, ce dernier pourrait en demander la modification ou l'annulation au moyen d'une procédure judiciaire ou administrative simplifiée; b) que la recommandation 32, qui rappelle le principe énoncé dans les recommandations 16 et 17, n'est pas incompatible avec la

recommandation 67 (inscription anticipée) du Guide sur les opérations garanties; c) si la possibilité pour le constituant de demander des dommages-intérêts pour rupture de contrat ou faute non contractuelle du créancier garanti relevait d'un autre texte législatif; et d) les exemples de procédures visées à la recommandation 32.

61. Sous réserve des modifications susmentionnées (voir par. 59 et 60), le Groupe de travail a adopté en principe la recommandation 32 quant au fond.

**Recommandation 33: Critères de recherche**

62. Il a été convenu que la recommandation 33 était importante, puisqu'elle disposait: a) qu'un registre devrait être conçu de manière à permettre d'effectuer une recherche à partir de l'identifiant du constituant ou du numéro d'inscription; b) qu'une personne pourrait effectuer une recherche en utilisant un de ces deux critères. De plus, il a été convenu que, même s'il était entendu qu'une personne prudente utiliserait pour effectuer sa recherche l'identifiant correct du constituant, d'autres recherches devraient être possibles. De l'avis général, par exemple, l'indication du type de la société concernée (par exemple, société à responsabilité limitée, société par actions) ne serait pas nécessaire. Cependant, différentes vues ont été exprimées quant à savoir s'il devrait être possible d'effectuer une recherche à partir du seul nom de famille du constituant. En outre, il a été convenu d'examiner dans le commentaire la possibilité d'effectuer une recherche par numéro de série pour certains types de biens. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé la recommandation 33 quant au fond.

**Recommandation 34: Résultat de la recherche**

63. Il a été convenu de modifier l'alinéa a) de manière à préciser que le résultat d'une recherche devrait indiquer non seulement les informations actuelles concernant un avis inscrit mais aussi les informations passées pertinentes, et d'examiner dans le commentaire toutes les options possibles. Pour ce qui est de l'alinéa b), il a été convenu de conserver sans crochets le premier passage entre crochets ("correspondant exactement au critère de recherche") et de supprimer le second passage entre crochets ("étroitement au critère de recherche"), qui serait examiné dans le commentaire. De l'avis général, une correspondance exacte était un gage de sécurité quant à l'effet de l'inscription et à la fiabilité d'une recherche. Il a également été convenu que, si un État suivait la variante B de la recommandation 23, les résultats d'une recherche devraient correspondre au nom du constituant avec ou sans l'abréviation.

64. Pour ce qui est d'une logique de recherche qui permettrait de retrouver des correspondances proches, il a été généralement estimé que même si les algorithmes de recherche modernes pouvaient être conçus de manière à limiter le nombre de correspondances proches, cette solution posait des problèmes tels que les suivants: a) toutes les correspondances proches ne seraient pas retrouvées, puisque cela nécessitait de traiter la question complexe de la définition des "correspondances proches" et aboutissait à une incertitude juridique; b) la liste des correspondances proches pourrait être longue, ce qui pourrait entraîner des recherches supplémentaires et donc un coût élevé pour l'utilisateur et une charge administrative pour le registre; c) permettre les correspondances proches dans les résultats de recherche pourrait influer négativement sur la notion d'identifiant suffisant du

constituant aux fins de la validité d'une inscription (voir recommandation 58 du Guide sur les opérations garanties).

65. Quant à l'alinéa c), il a été convenu de le modifier, puisque la recommandation 33 traitait des critères de recherche et non des demandes de recherche. Il a été convenu également de supprimer les alinéas d) et e) et de les examiner dans le commentaire, puisque la loi recommandée dans le Guide sur les opérations garanties ne contenait pas de dispositions sur ces points et qu'en tout état de cause, l'admissibilité d'un certificat de recherche comme élément de preuve et sa force probante étaient des questions relevant d'autres branches du droit que le droit des opérations garanties.

66. Sous réserve des modifications susmentionnées (voir par. 63 à 65 ci-dessus), le Groupe de travail a approuvé la recommandation 34 quant au fond.

**Recommandation 35: Frais s'appliquant aux services du registre**

67. Il a été convenu que, conformément à l'alinéa i) de la recommandation 54 du Guide sur les opérations garanties, les frais devraient être proportionnels aux services fournis par le registre. De l'avis général, l'utilisation par l'État des frais d'inscription comme source de revenus nuisait à l'offre de crédit et au coût du crédit. Il a également été convenu de conserver toutes les options de la recommandation 35, d'autres options pouvant être examinées dans le commentaire. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a adopté la recommandation 35 quant au fond sans modification.

68. Ayant terminé l'examen des recommandations, le Groupe de travail s'est penché à nouveau sur le terme "fichier du registre" (voir par. 20 ci-dessus). Il a été convenu que ce terme devrait désigner les informations contenues dans l'ensemble des avis inscrits. Il a été convenu en outre: a) d'expliquer dans le commentaire l'importance du fichier, notamment de toutes les informations servant à déterminer la priorité; b) d'y examiner différentes options rédactionnelles; et c) d'y expliquer la différence entre les termes "fichier du registre" et "base de données". Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé le terme "fichier du registre" quant au fond.

## C. Exemples de formulaires d'inscription (A/CN.9/WG.VI/WP.50/Add.2)

69. Le Groupe de travail a ensuite examiné les exemples de formulaires d'inscription. Il a d'abord été convenu que ces formulaires seraient modifiés compte tenu des décisions du Groupe de travail concernant les recommandations pertinentes. Il a également été convenu qu'il serait utile d'élaborer d'autres formulaires, notamment un formulaire pour l'exécution d'une décision judiciaire ou administrative portant modification ou annulation d'une inscription et des formulaires permettant de fournir des informations supplémentaires.

70. Concernant le formulaire A (exemple d'avis initial), il a été convenu: a) de supprimer dans le chapeau la partie entre crochets ("si le registre est entièrement électronique"), puisque les formulaires devaient s'appliquer aussi bien aux avis papier qu'aux avis électroniques; b) que les formulaires destinés aux informations

supplémentaires ne concerneraient que les avis papier, puisqu'il serait facile d'ajouter des informations dans les avis électroniques; c) de supprimer aux sections A.1 et 4, et B.1 la référence au nom du père, de la mère et du conjoint; d) de supprimer à la section A.1 le passage entre crochets (''tel qu'il figure sur la carte d'identité, si délivrée par l'État adoptant"); e) de modifier à la section A.2 le passage entre crochets ("tel qu'il figure dans le document constitutif de la personne morale ou autre entité") en tenant compte des décisions du Groupe de travail concernant la recommandation 23; f) dans la section A, d'ajouter au numéro d'identification le numéro fiscal, de carte d'électeur ou autre, et d'expliquer dans le commentaire que ces numéros d'identification pourraient varier d'un État à l'autre; g) de modifier la section A.3 en tenant compte des décisions du Groupe de travail concernant la recommandation 24; h) de supprimer aux sections B.1 et B.2 la référence aux numéros d'identification, puisqu'ils ne font pas partie de l'identifiant du créancier garanti; i) d'indiquer que la section C.2 est un champ facultatif; et j) sachant que les informations d'accès ne doivent pas obligatoirement figurer dans l'avis (voir recommandation 57 du Guide sur les opérations garanties et recommandation 21 du Guide sur le registre), de déplacer la section G à la fin du formulaire ou dans une note de bas de page pour informer les personnes procédant à l'inscription qu'elles devront s'identifier pour pouvoir accéder au registre.

71. Il a été convenu de répercuter dans les formulaires B et C, s'il y a lieu, les modifications apportées au formulaire A. Il a été convenu également de remanier les formulaires B et C de manière à intégrer les modifications convenues par le Groupe de travail à la présente session. Il a été convenu en outre que le Secrétariat devrait effectuer plusieurs autres modifications approuvées par le Groupe de travail. Enfin, il a été convenu d'examiner dans le commentaire la situation où l'un des créanciers garantis utiliserait par erreur le formulaire C (avis de radiation) au lieu du formulaire B (avis de modification) pour supprimer son nom de l'avis.

72. Sous réserve des modifications susmentionnées (voir par. 69 à 71 ci-dessus), le Groupe de travail a approuvé les exemples de formulaires d'inscription quant au fond.

# V. Travaux futurs

73. Étant généralement convenu que le projet de guide sur le registre devrait être finalisé et soumis à la Commission pour adoption à sa quarante-sixième session, en 2013, le Groupe de travail s'est penché sur la question de ses travaux futurs. Il a d'abord noté qu'à sa quarante-troisième session, en 2010, la Commission était convenue que toutes les questions dont elle était saisie présentaient un intérêt et devraient rester inscrites à son programme de travaux futurs afin qu'elle puisse les examiner à une session ultérieure (voir par. 2 ci-dessus).

74. Il a été suggéré qu'une loi type simple, courte et concise sur les opérations garanties pourrait compléter utilement le Guide sur les opérations garanties et serait très utile pour répondre aux besoins des États et promouvoir l'application du Guide. À cet égard, la préoccupation a été exprimée qu'une loi type pourrait être trop normative, limitant la souplesse qu'auraient les États pour traiter les questions pertinentes d'une manière convenant à leurs besoins et à leurs traditions juridiques.

75. Cependant, il a été largement estimé qu'une loi type fondée sur les recommandations générales du Guide sur les opérations garanties donnerait aux États les orientations dont ils avaient besoin d'urgence pour adopter ou réviser leurs lois sur les opérations garanties. En outre, de l'avis général, une loi type était suffisamment souple et pouvait être adaptée aux diverses traditions juridiques, tout en servant de point de départ pour la mise en œuvre des recommandations du Guide sur les opérations garanties. À cet égard, il a été largement estimé qu'une telle approche devrait aider les États à renforcer leurs capacités, tandis que le projet de guide sur le registre les aiderait à établir et exploiter un registre des sûretés. En outre, l'idée qu'une telle loi type aiderait les États à traiter des questions urgentes liées à l'accès au crédit et à l'inclusion financière, en particulier des petites et moyennes entreprises, a été largement appuyée. Il a également été convenu que la question des sûretés réelles mobilières sur les titres non intermédiés méritait d'être examinée plus avant.

76. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu de proposer à la Commission de le charger d'élaborer une loi type sur les opérations garanties fondée sur les recommandations générales du Guide sur les opérations garanties et conforme à l'ensemble des textes de la CNUDCI sur les opérations garanties. Le Groupe de travail est également convenu de proposer à la Commission que la question des sûretés réelles mobilières sur les titres non intermédiés reste inscrite à son programme de travaux futurs et soit examinée à une session ultérieure.

## D. Note du Secrétariat concernant le projet de guide législatif technique sur la mise en place d'un registre des sûretés réelles mobilières: Annexe I. Terminologie et recommandations, soumise au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa vingt et unième session (A/CN.9/WG.VI/WP.50 et Add.1 et 2)

**[Original: anglais]**

**TABLE DES MATIÈRES**


| | | *Recommandations* |
|---|---|---|
| | Annexe I. Terminologie et recommandations | |
| | Terminologie | |
| | Recommandations | |
| I. | Le registre et le conservateur | 1-3 |
| II. | Accès aux services du registre | 4-9 |
| III. | Inscription | 10-18 |


# Annexe I. Terminologie et recommandations

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail se rappellera peut-être qu'à sa vingtième session, il a décidé que le texte en cours d'élaboration prendrait la forme d'un guide accompagné de recommandations, et que des exemples de règles types pourraient être élaborés lorsque le texte présenterait des options (voir A/CN.9/740, par. 18). Conformément à cette décision et à la démarche adoptée dans le* Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties *(le "*Guide*"), le présent document reproduit dans une annexe la terminologie et les recommandations du projet de guide législatif technique sur la mise en place d'un registre des sûretés réelles mobilières (le "projet de guide sur le registre"). Suivant la même démarche, la terminologie apparaîtra également dans l'introduction et les recommandations figureront également à la fin des chapitres pertinents du projet de guide sur le registre. Compte tenu de la formulation spécifique et détaillée des recommandations ainsi que de la nécessité d'adopter une démarche souple en ce qui concerne les aspects présentant diverses options qui sont traités dans les présentes recommandations, le Groupe de travail souhaitera peut-être considérer qu'il est inutile d'élaborer des exemples de règles types. Dans ce contexte, il souhaitera peut-être noter que le document A/CN.9/WG.VI/WP.50/Add.2 contient des exemples de formulaires d'inscription, appliquant les recommandations du projet de guide sur le registre et fournissant des orientations concrètes aux concepteurs et utilisateurs du système de registre.*]

## Terminologie*

a) Le terme “adresse” désigne: i) une adresse physique avec nom de rue et numéro, ville, code postal et État; ii) un numéro de boîte postale avec ville, code postal et État; iii) une adresse électronique; ou iv) une adresse équivalente à i), ii) ou iii);

b) Le terme “modification” désigne l’ajout, la suppression ou la modification de renseignements contenus dans le fichier du registre;

[*Note à l’intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que le commentaire inclura des exemples de modification, tels que: a) la prorogation de la période de validité d’une inscription (renouvellement d’une inscription); b) lorsque deux ou plusieurs créanciers garantis ou constituants sont identifiés dans l’avis inscrit, la suppression de l’un d’eux; c) lorsqu’un seul créancier garanti ou constituant est identifié dans l’avis inscrit, la suppression de son identifiant et l’ajout de l’identifiant d’un nouveau créancier garanti ou constituant; d) l’ajout ou la suppression de biens grevés; e) la modification de l’identifiant du constituant; f) la modification de l’identifiant du créancier garanti; g) la modification de l’adresse d’un constituant ou d’un créancier garanti; h) la modification du montant monétaire maximum pour lequel la sûreté peut être réalisée (le cas échéant); i) la cession de l’obligation garantie par le créancier garanti et l’ajout de l’identifiant et de l’adresse du nouveau créancier garanti; j) le transfert des biens grevés et l’ajout de l’identifiant et de l’adresse du bénéficiaire du transfert (dans le cas d’un transfert partiel) ou le remplacement des renseignements relatifs à l’auteur du transfert par ceux relatifs au bénéficiaire du transfert (dans le cas d’un transfert de tous les biens grevés); k) la cession de rang du créancier garanti; et l) la subrogation du droit d’un créancier garanti. Le Groupe de travail souhaitera peut-être aussi noter que le commentaire précisera: a) que dans le cas d’une cession, d’une subrogation ou d’une cession de rang, l’avis inscrit pourra être modifié afin d’indiquer l’identifiant et l’adresse du nouveau créancier garanti, mais qu’un avis qui n’a pas été ainsi modifié demeure valide (voir la recommandation 75); b) que le terme “modification” désigne une modification des renseignements d’un avis figurant dans le fichier du registre et le résultat de cette modification; et c) que la communication par laquelle se fait une modification s’appelle “avis de modification”.*]

c) Le terme “constituant” désigne la personne désignée dans l’avis comme étant le constituant;

d) Le terme “loi” désigne la loi qui régit les sûretés réelles mobilières;

[*Note à l’intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire précisera que la loi dont il est question ici est la loi qui se fonde sur les recommandations du* Guide. *Le commentaire précisera également que les recommandations du projet de guide sur le registre pourront être adoptées par des États qui ont déjà appliqué dans une large mesure les recommandations du* Guide. *Ainsi, par exemple, pour adopter les recommandations*

---

* La terminologie contenue dans le *Guide* (voir introduction, section B sur la terminologie et l’interprétation) vaut également pour le projet de guide sur le registre, complétée par la terminologie contenue dans ce dernier, qui fait partie du commentaire (voir introduction, [...]).

*du projet de guide sur le registre, il faudrait qu'un État dispose déjà d'une loi sur les opérations garanties qui oblige à inscrire des avis (plutôt que des documents) pour rendre les sûretés opposables (plutôt que de constituer une sûreté) ou soit prêt à adopter une telle loi.*]

e) Le terme "avis" désigne une communication écrite (sur papier ou sous forme électronique) et inclut un avis initial, un avis de modification ou un avis de radiation[1];

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que la terminologie du* Guide *(qui fait partie du commentaire et non des recommandations, à l'instar de la terminologie présentée dans le projet de guide sur le registre) fait référence au terme "avis" davantage au sens de moyen que de teneur du moyen, de sorte qu'il serait possible de s'y référer dans des contextes autres que celui de l'inscription (par exemple, en ce qui concerne des avis de disposition extrajudiciaire d'un bien grevé; voir les recommandations 149 à 151). Le Groupe de travail souhaitera peut-être utiliser cette acception du terme "avis" également dans le projet de guide sur le registre. Le commentaire pourrait apporter des éclaircissements à cet égard et faire référence, également, à deux autres termes qui apparaissent dans le chapitre du* Guide *concernant le registre, afin de contextualiser le terme "avis", à savoir les termes: a) "informations figurant dans un avis" ou "la teneur de l'avis" (voir les recommandations 54, alinéa d) et 57); et b) "fichier du registre" au sens d'informations contenues dans un avis une fois celles-ci acceptées par le registre et saisies dans la base de données du registre accessible au public (voir la recommandation 70). Compte tenu de ces éclaircissements terminologiques, on pourrait n'utiliser, dans les recommandations contenues dans le projet de guide sur le registre, le terme "avis" que lorsqu'il s'agit du moyen, le terme "informations figurant dans un avis" que lorsqu'il s'agit de la teneur du moyen et le terme "fichier du registre" que lorsqu'il s'agit de renseignements figurant dans un avis qui a déjà été intégré à la base de données du registre (voir le terme "fichier du registre" ci-dessous). Si le Groupe de travail préférait l'utiliser tout au long du texte, il faudrait que le terme "avis" soit expliqué de manière différente dans la terminologie et dans le* Guide*, c'est-à-dire en faisant référence aux renseignements mêmes plutôt qu'au moyen par lequel ils sont communiqués au registre (ou plutôt en plus de cette référence au moyen). Enfin, le Groupe de travail voudra peut-être se demander s'il serait pertinent d'examiner l'inscription d'un avis de réalisation, bien que cette action ne soit pas recommandée dans le* Guide*. Le principal avantage d'un tel avis serait de mettre en garde les tiers avec lesquels le constituant pourrait vouloir traiter pendant la période de réalisation. La valeur des renseignements du registre s'en trouverait également rehaussée pour les tiers intéressés (lesquels doivent être notifiés par le créancier garanti qui procède à la réalisation, conformément à la recommandation 151).*]

f) Le terme "personne procédant à l'inscription" désigne la personne désignée dans l'avis comme étant le créancier garanti;

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire précisera que la personne désignée dans l'avis comme étant le créancier garanti ("la personne procédant à l'inscription") peut*

---

[1] Voir le terme "avis" dans l'introduction, section B, terminologie et interprétations du *Guide*.

*être le créancier garanti ou son représentant (voir l'alinéa a) de la recommandation 57).*]

g) Le terme "conservateur" désigne la personne nommée, en application de la loi et de la réglementation, pour superviser et administrer le fonctionnement du régime;

h) Le terme "inscription" désigne la saisie, dans le fichier du registre, de renseignements figurant dans un avis;

i) Le terme "numéro de l'inscription" désigne un numéro unique attribué par le registre à un avis initial et définitivement associé à celui-ci [et à tout avis ultérieur];

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être examiner le texte placé entre crochets. Ce texte vise à préciser que tout avis ultérieur est également associé au numéro d'inscription de l'avis initial, c'est-à-dire qu'il n'y a pas d'autre numéro d'inscription (voir les recommandations 10, 28 et 30 ci-dessous).*]

j) Le terme "fichier du registre" désigne les renseignements qui figurent dans [l'ensemble des avis inscrits] [un avis inscrit tel que modifié] et qui sont conservés sous forme électronique dans la base de données du registre.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si le terme "fichier du registre" devrait être utilisé au sens de renseignements relatifs à un avis tel que modifié ou à tous les avis présents dans la base de données du registre. Dans le premier cas, le terme "fichier du registre" pourrait servir à désigner des renseignements figurant dans un avis inscrit ou des renseignements figurant dans un avis inscrit tel que modifié, et le terme "fichiers du registre" pourrait servir à désigner des renseignements figurant dans tous les avis inscrits.*]

## Recommandations

# I. Le registre et le conservateur

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire précisera que les recommandations ci-dessous portent sur divers types de questions. Les recommandations 1 et 2 portent sur l'établissement du registre et sur la nomination du conservateur. Les recommandations 4 à 9 portent sur l'accès aux services du registre. Un certain nombre de recommandations répètent ou appliquent des recommandations du* Guide *pour souligner leur importance ou la nécessité de situer une question technique dans le contexte de la loi. Elles incluent les recommandations suivantes: 8, alinéa a) (voir la recommandation 71), alinéa b) (voir la recommandation 73), alinéa c) (voir la recommandation 71) et alinéa d) (voir l'alinéa d) de la recommandation 54); 10, alinéa c) (voir la recommandation 70); 11 (voir la recommandation 69); 12 (voir la recommandation 67); 13 (voir la recommandation 68); 21 (voir la recommandation 57); 25, alinéa a) (voir la recommandation 63); 27, alinéa a) (voir la recommandation 58); 27, alinéa b) (voir la recommandation 64); 27, alinéa c) (voir la recommandation 65); 31, alinéa a) (voir l'alinéa d) de la*

*recommandation 55) et alinéa c) (voir l'alinéa c) de la recommandation 55); et 32 (voir la recommandation 72). Les autres recommandations portent sur des questions purement techniques relatives à l'inscription.*]

**Recommandation 1: Le registre**

La réglementation devrait prévoir que le registre est créé aux fins de recevoir, conserver et rendre accessibles au public des renseignements relatifs à des sûretés réelles mobilières existantes ou potentielles conformément à la loi et à la réglementation.

**Recommandation 2: Nomination du conservateur**

La réglementation devrait prévoir que [l'entité ou la personne désignée par l'État adoptant ou autorisée par la loi] désigne la personne chargée de superviser et d'administrer le fonctionnement du registre, détermine les obligations de cette personne et suit leur exécution conformément à la loi et à la réglementation.

**[Recommandation 3: Obligations du conservateur**

La réglementation devrait prévoir, pour le registre, les fonctions suivantes:

a) Permettre l'accès aux services du registre à toute personne y autorisée conformément aux recommandations 4 et 7;

b) Publier sur le site du registre, s'il existe, les adresses des bureaux du registre et les jours et heures d'ouverture, et afficher ces derniers dans chaque bureau conformément à la recommandation 5;

c) Fournir les motifs de rejet d'une inscription ou d'une demande de recherche dès que possible conformément à la recommandation 9;

d) Attribuer une date et une heure à chaque inscription et un numéro d'inscription unique à l'avis initial, et saisir les renseignements contenus dans un avis dans le fichier du registre dans l'ordre de leur réception conformément à la recommandation 10;

e) Indexer ou organiser d'une autre manière les informations saisies dans le fichier du registre de façon qu'elles soient consultables conformément à la recommandation 14;

f) Supprimer les renseignements qui figurent dans le fichier du registre accessible au public à l'expiration de la période de validité de l'inscription correspondante ou [autoriser la suppression de ces renseignements] en exécution d'une décision judiciaire ou administrative conformément à la recommandation 16;

g) Ne modifier des renseignements qui figurent dans le fichier du registre [ou n'autoriser leur suppression] qu'en exécution d'une décision judiciaire ou administrative conformément à la recommandation 17;

h) Archiver pendant une durée minimale de [20] ans les informations retirées du fichier du registre accessible au public de manière que le registre puisse les retrouver conformément à la recommandation 18;

i) Fournir à chaque personne qui procède à une inscription une copie d'un avis conformément à la recommandation 31; et

j) Lorsqu'il y a lieu, préserver la confidentialité des renseignements relatifs aux utilisateurs.]

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que la recommandation 3, qui apparaît entre crochets afin qu'il l'examine, énonce de manière détaillée le rôle du registre, se référant à des recommandations du projet de guide sur le registre, dont certaines s'inspirent de recommandations du* Guide. *L'avantage de présenter le rôle du registre sous forme de liste dans une recommandation unique est qu'il apparaît ainsi de manière claire et transparente. L'éventuel inconvénient est qu'une telle liste pourra apparaître complète sans que ce soit nécessairement le cas ou être indûment limitative. Une autre démarche consisterait à supprimer la recommandation 3 et à expliquer le rôle du registre dans le contexte approprié dans les recommandations et dans le commentaire. Une troisième possibilité serait de conserver à la fois la recommandation 3 pour l'indication générale des devoirs du registre et les autres recommandations qui définissent les devoirs du registre dans le contexte approprié, mais de revoir ces recommandations de sorte à éviter toute incohérence ou répétition inutile. Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que les alinéas f) et g) contiennent du texte placé entre crochets. Ce texte vise à garantir qu'un fonctionnaire de l'administration ou un administrateur judiciaire pourra modifier ou supprimer des renseignements du fichier du registre directement. Le registre n'aurait donc pas à se charger de cette tâche, préservant ainsi son efficacité et sa rationalité financière. Le Groupe de travail souhaitera peut-être se demander s'il convient de conserver ce texte (du moins en tant qu'option) ou de le supprimer. Il souhaitera peut-être aussi noter que le commentaire précisera que les renseignements relatifs aux utilisateurs, cités à l'alinéa j), ne concernent que les systèmes de registres auxquels l'accès s'effectue par l'intermédiaire de comptes d'utilisateurs.*]

# II. Accès aux services du registre

**Recommandation 4: Accès du public aux services du registre**

La réglementation devrait prévoir que toute personne a le droit d'avoir accès aux services du registre conformément à la loi et à la réglementation.

**Recommandation 5: Horaires de fonctionnement du registre**

La réglementation devrait prévoir que:

a) Chaque bureau du registre est ouvert au public [aux jours et heures fixés par l'État adoptant];

b) Les lieux des bureaux du registre et leurs jours et heures d'ouverture devraient être publiés sur le site Web du registre, s'il en existe un, et que les jours et heures d'ouverture de chaque bureau devraient être affichés au bureau concerné;

c) L'accès électronique aux services du registre est possible à tout moment;

d) Nonobstant les alinéas a) à c) de la présente recommandation, le registre peut suspendre complètement ou partiellement l'accès à ses services [pour en assurer la maintenance, dans des cas de force majeure ou, dans le cas d'un registre

électronique, en raison d'une défaillance générale du réseau]. La suspension de l'accès aux services du registre et la durée prévue de cette suspension sont annoncées préalablement, si possible, et aussi tôt que possible sur le site Web du registre et dans les bureaux du registre concerné.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que chaque État adoptant pourra préciser les jours et heures d'ouverture du bureau du registre dans des instructions administratives distinctes et que le nombre minimum de jours et d'heures d'ouverture devraient correspondre aux jours et heures d'ouvertures habituelles dans ce pays. Lorsque l'inscription d'avis sur papier est prévue, les heures de réception de ces avis peuvent être fixées indépendamment des heures d'ouverture. Par exemple, le bureau peut fermer à 17 heures, mais tous les avis devraient être reçus à 16 h 30 au plus tard afin que le registre ait le temps de saisir les informations dans son fichier. Le Groupe de travail voudra peut-être également se demander si les circonstances dans lesquelles le registre peut suspendre l'accès à ses services devraient être énumérées dans la recommandation de façon exhaustive ou indicative. Une liste exhaustive offrirait plus de sécurité, mais moins de souplesse pour couvrir toutes les circonstances possibles, tandis qu'une liste indicative offrirait plus de souplesse, mais moins de sécurité. Dans tous les cas, le commentaire pourrait expliquer les circonstances et, en particulier, que: a) dans le cas d'un registre électronique, l'accès aux services du registre peut être suspendu automatiquement (par exemple, en cas de panne du réseau Internet); et b) l'accès à tout bureau du registre peut être suspendu lorsque surviennent des circonstances qui rendent l'accès impossible ou difficile (cas de force majeure comme, par exemple, un incendie, une inondation, un tremblement de terre ou une guerre). De façon distincte, le Groupe de travail voudra peut-être noter que les recommandations ne traitent pas de la question de la responsabilité du personnel du registre. Le commentaire expliquera que le droit des opérations garanties peut prévoir que le personnel du registre est responsable en cas de perte ou de dommage subis par un utilisateur du registre à la suite d'une négligence ou d'une faute lourde ou délibérée de la part du personnel du registre en général ou dans des conditions précises (par exemple, si le personnel du registre commet des erreurs en saisissant dans le fichier du registre les informations soumises sur un avis papier), ou qu'il est exonéré de toute responsabilité. Une autre possibilité est de laisser le droit général répondre à cette question.*]

**Recommandation 6: Accès aux services d'inscription**

La réglementation devrait prévoir que:

a) Toute personne a le droit d'inscrire un avis initial si:

i) Elle utilise un moyen de communication autorisé;

ii) Elle s'identifie comme l'exigent la loi et la réglementation;

iii) Elle paye ou a pris des dispositions pour payer les frais de registre prescrits dans la recommandation 35;

iv) Elle identifie suffisamment le constituant pour permettre l'indexation ou présente, dans l'avis, les informations d'une manière qui permette de les rechercher;

v) Elle fournit, en ce qui concerne les autres éléments, les informations que la loi et la réglementation obligent à faire figurer dans un avis;

vi) Elle fournit toutes les informations requises de manière lisible;

b) La personne procédant à l'inscription a le droit de modifier ou de radier des informations qui figurent dans [le fichier du registre] [un avis inscrit] si:

i) Elle utilise un moyen de communication autorisé;

ii) Elle s'identifie comme l'exigent la loi et la réglementation;

iii) Elle paye ou a pris des dispositions pour payer les frais de registre prescrits dans la recommandation 35;

iv) Elle identifie suffisamment le constituant pour permettre l'indexation ou présente, dans [le fichier du registre] [l'avis inscrit], les informations d'une manière qui permette de les rechercher;

v) Elle fournit, en ce qui concerne les autres éléments, les informations que la loi et la réglementation obligent à faire figurer dans un avis;

vi) Elle fournit toutes les informations requises de manière lisible;

c) Le registre n'exige ni la vérification de l'identité, ni l'existence d'une autorisation d'inscription de l'avis, ni un examen de la teneur de l'avis.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera la présente recommandation en se référant: a) à la recommandation 54, alinéa c), et à la recommandation 55, alinéa b), qui fixent la règle selon laquelle le registre accepte en principe un avis, sauf dans certaines situations énumérées dans cette recommandation; et b) à la discussion sur l'identification de la personne procédant à l'inscription qui figure dans le* Guide*, et qui fait référence au fait que le registre demande que la personne procédant à l'inscription décline son identité, mais n'exige pas de preuve de cette identité, ni même une preuve minimale (voir les recommandations 54, al. d), et 55, al. b); voir également le* Guide*, chap. IV, par. 48, qui fait référence à la procédure d'identification intégrée au processus de paiement ou à l'attribution d'un code d'accès sécurisé permanent aux utilisateurs réguliers du registre, ce qui évite d'avoir à répéter la procédure d'identification).*]

**Recommandation 7: Accès aux services de recherche**

La réglementation devrait prévoir que toute personne a le droit d'effectuer une recherche dans le fichier du registre accessible au public en utilisant les critères de recherche prescrits par la réglementation, à condition que cette personne ait payé ou pris des dispositions pour payer les frais de recherche. Cette personne n'a ni à s'identifier, ni à motiver sa recherche.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que la recherche s'effectue dans le fichier du registre accessible au public via l'interface qui n'est qu'une porte d'entrée dans la base de données où se trouvent les informations.*]

**Recommandation 8: Autorisation**

La réglementation devrait prévoir que:

a) Sous réserve de l'alinéa b) de la présente recommandation, l'inscription d'un avis initial ou d'un avis de modification doit être autorisée par le constituant;

b) L'inscription d'un avis de modification qui n'a d'incidence que sur les droits du créancier garanti [l'État adoptant précisera les types de modification] ou d'un avis de radiation ne doit être autorisée que par le créancier garanti;

c) L'autorisation d'un avis doit être écrite et peut être donnée avant ou après l'inscription. Une convention écrite constitutive de sûreté suffit pour autoriser l'inscription; et

d) Le registre n'exige pas la vérification de l'existence d'une autorisation de l'inscription d'un avis.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que: a) l'alinéa a) se fonde sur la recommandation 71; b) l'alinéa b) se fonde sur la recommandation 73; c) l'alinéa c) se fonde sur la recommandation 71; et d) l'alinéa d) se fonde sur les recommandations 54, alinéa d), et 55, alinéa b). Si un avis a été soumis sans autorisation ou de toute autre manière frauduleuse, entraînant un préjudice pour le constituant ou le créancier garanti, il faudra que ceux-ci prouvent que la personne qui a procédé à l'inscription n'était pas habilitée à le faire. Cela se fera, cependant, en dehors du système du registre. Le rôle de ce dernier se limite à ce qui est énoncé dans les recommandations mentionnées ci-dessus. La question de savoir si la personne ayant procédé à l'inscription avait qualité pour soumettre un avis ou si la soumission pouvait être attribuée au titulaire d'un compte d'utilisateur n'entre pas dans le champ de la réglementation applicable au registre. Le commentaire pourra également expliquer que lorsqu'on accède électroniquement au registre, il existe des méthodes très efficaces pour éviter que ne soient effectuées de manière frauduleuse des inscriptions, modifications ou mainlevées. Dans un système de registre électronique, par exemple, un créancier garanti pourrait demander un code d'identification à l'occasion d'une inscription. Sans ce code, aucune modification ne pourrait être apportée à l'inscription et aucune mainlevée ne pourrait être effectuée. Si le créancier garanti était imprudent et laissait n'importe qui se servir du code, il ne serait pas fondé à contester des modifications ou mainlevées non autorisées. Toutefois, s'il était consciencieux, il serait virtuellement impossible de modifier l'inscription de quelque manière que ce soit, sans sa participation. En cas de recours au support papier, cependant, le registre n'a aucun moyen de déterminer si la modification ou la mainlevée a été soumise par le créancier garanti ou de manière frauduleuse par une autre personne qui aurait contrefait sa signature. Pour cette raison, certains systèmes de registre sur support papier comportent des mécanismes de sécurité intégrée qui notifient automatiquement au créancier garanti une mainlevée et qui prévoient la possibilité de rétablir une inscription dans un bref délai suivant cette mainlevée. Le Groupe de travail voudra peut-être aussi noter que le commentaire expliquera également que toutes les modifications pourront avoir une incidence sur les droits du créancier garanti. En règle générale, seuls deux types de modification nécessitent l'autorisation du constituant: l'ajout d'un constituant et l'ajout de biens grevés.*]

**Recommandation 9: Rejet d'une inscription ou d'une demande de recherche**

La réglementation devrait prévoir qu'une inscription ou une demande de recherche peut être refusée par le registre si:

a) Elle n'est pas transmise au registre par l'un des moyens de communication autorisés;

b) Elle ne s'accompagne pas du paiement des frais du registre ou si des dispositions pour le paiement des frais n'ont pas été prises;

c) Elle ne permet pas d'identifier la personne procédant à l'inscription comme l'exigent la loi et la réglementation;

d) La demande d'inscription n'identifie pas suffisamment le constituant pour permettre l'indexation ou si l'avis ne présente pas les informations d'une manière qui permette cette identification;

e) Elle ne fournit pas, en ce qui concerne les autres éléments, les informations que la loi et la réglementation obligent à faire figurer dans un avis; ou

f) Les informations présentées dans l'avis sont illisibles.

Les motifs du rejet d'un avis ou d'une demande de recherche devraient être communiqués par le registre le plus tôt possible.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que: a) la recommandation 6 ci-dessus traite des conditions qu'une personne doit remplir pour avoir accès aux services du registre conformément aux recommandations 54, alinéa c), et 55, alinéa b); b) la recommandation 9 traite des conditions du rejet de l'avis ou de la demande de recherche et réitère celles énoncées dans la recommandation 6 et dans les recommandations 54, alinéa c), et 55, alinéa b); c) la recommandation 15 ci-dessous traite de la question de savoir si le registre peut retirer du fichier accessible au public des informations déjà inscrites; d) le registre peut rejeter des demandes papier non conformes, alors qu'un registre électronique sera conçu de manière à rejeter automatiquement toute demande non conforme; et e) alors que dans le cas d'un registre papier, les motifs du rejet seront communiqués le plus tôt possible, dans le cas d'un registre électronique, ils seront immédiatement affichés à l'intention de l'utilisateur.*]

# III. Inscription

**Recommandation 10: Date et heure de l'inscription**

La réglementation devrait prévoir que:

a) Le registre attribue une date et une heure à chaque inscription, comme énoncé aux alinéas b) et c) de la présente recommandation, et un unique numéro d'inscription à un avis initial, ce qui permet d'identifier l'avis initial et les avis ultérieurs;

b) Le registre saisit et indexe les informations dans son fichier ou les présente dans un avis de manière à les rendre accessibles aux personnes qui

effectuent des recherches, dans le même ordre que celui dans lequel elles ont été reçues;

c) [Nonobstant l'alinéa b) de la présente recommandation,] l'inscription d'un avis prend effet à la date et à l'heure auxquelles les informations de l'avis sont saisies dans le fichier du registre de façon à être accessibles aux personnes qui y effectuent une recherche.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être expliquer que la présente recommandation vise à fournir une base pour l'application d'une règle suivant la recommandation 70. Les alinéas a) et b) traitent de questions techniques, tandis que l'alinéa c) reprend en substance la recommandation 70 (qui peut être conservée dans les recommandations du projet de guide sur le registre en raison de son importance ou simplement examinée dans le commentaire). La date et l'heure auxquelles les informations d'un avis deviennent accessibles aux personnes qui effectuent une recherche peuvent différer de celles de la réception de l'avis (en particulier lorsque la personne procédant à l'inscription soumet un avis papier que le registre saisit ensuite dans son fichier), mais devraient respecter l'ordre de réception (l'avis reçu le 1er janvier à 8 heures devrait être accessible aux personnes qui effectuent une recherche avant celui reçu le même jour à 8 h 1). Si, à la suite d'une négligence, d'une faute délibérée ou d'une défaillance du registre, la personne procédant à l'inscription perd sa priorité, le registre peut être tenu de verser des dommages-intérêts. Dans le cas d'une sûreté en garantie du paiement d'une acquisition, si l'avis est inscrit dans les délais prescrits par la loi, la sûreté a la priorité sur une sûreté inscrite antérieurement et non liée à une acquisition (voir la recommandation 180, variante A, alinéa a) ii)). Ainsi, lorsque le registre saisit les informations d'un avis dans son fichier, si la loi exige que l'avis précise qu'il s'agit d'une sûreté en garantie d'une acquisition (ce que le* Guide *n'exige pas), il importe que l'inscription se fasse dans le délai prévu par la loi. Si ce n'est pas le cas, la loi de l'État adoptant (le* Guide *est muet sur ce point) peut obliger le registre à réparer le préjudice subi par la personne procédant à l'inscription du fait de la perte de priorité. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que la règle énoncée à l'alinéa b) est appropriée s'il s'agit d'un système de registre entièrement électronique ou entièrement papier. Toutefois, cela pourrait poser un problème dans le cas d'un système de registre hybride où, par exemple, un avis papier est reçu à 8 heures et est saisi dans le fichier du registre par le personnel de ce dernier à 8 h 10, après qu'un avis transmis électroniquement a intégré le fichier à 8 h 5. Le passage qui figure entre crochets à l'alinéa b) vise à garantir que même dans ce cas-là, l'avis transmis électroniquement aura une date et une heure d'effet antérieures à celle de l'avis papier, même si ce dernier a été reçu peu de temps après l'avis transmis électroniquement. Le Groupe de travail souhaitera peut-être se demander si le passage qui figure entre crochets à l'alinéa b) devrait être conservé ou supprimé et, dans ce dernier cas, s'il devrait être remplacé par un autre passage.*]

**Recommandation 11: Période d'effet de l'inscription**

La réglementation devrait prévoir que:

**Option A**

a) L'inscription est valable pour la durée précisée dans la loi;

b) La période d'effet d'une inscription peut, à tout moment avant son expiration, être prolongée d'une durée égale à la période initiale précisée dans la loi.

**Option B**

a) L'inscription est valable pour la durée indiquée dans l'avis initial;

b) La période d'effet d'une inscription peut, à tout moment avant son expiration, être prolongée ou raccourcie d'une durée précisée dans l'avis de modification.

**Option C**

a) L'inscription est valable pour la durée indiquée dans l'avis initial, sans dépasser [20] ans;

b) La période d'effet d'une inscription peut, à tout moment avant son expiration, être prolongée ou raccourcie d'une durée précisée dans l'avis de modification, sans dépasser [20] ans.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que quelle que soit l'option choisie par l'État adoptant, les règles qui s'appliquent au calcul des durées dans sa législation s'appliqueront à la période d'effet de l'inscription, à moins que la loi sur les opérations garanties n'en dispose autrement. Par exemple, la législation de l'État adoptant peut disposer qu'aux fins du calcul de la période d'effet de l'inscription, une année commence à l'heure zéro de la date de l'inscription. Le Groupe de travail voudra peut-être aussi noter que le commentaire expliquera que lorsque la loi exige que la personne saisisse la période d'effet de l'inscription dans un avis, il s'agit d'une condition impérative. Cela signifie que si la période d'effet de l'inscription n'est pas précisée dans l'avis, celui-ci sera probablement rejeté. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si le registre peut être conçu de manière à indiquer automatiquement la période d'effet d'une inscription si la personne procédant à l'inscription ne la précise pas. Si le Groupe de travail juge cette approche souhaitable et réalisable, il voudra peut-être inclure une règle par défaut qui pourrait être libellée comme suit: "Lorsque aucune durée n'est indiquée dans l'avis, l'inscription est valable [5] ans]". Le commentaire expliquera aussi que a) dans l'option A, la période de renouvellement est précisée dans la loi, mais que dans les options B et C, elle peut être précisée dans l'avis de modification par la personne procédant à l'inscription; b) dans l'option A, il n'est pas possible de raccourcir la période d'effet par une modification volontaire soumise par le créancier ou par une modification imposée par le constituant et que par conséquent, cette fonction supplémentaire visant à modifier la durée de l'inscription n'aura pas besoin d'être conçue et mise en place; et c) un renouvellement prolonge la période d'effet de l'inscription de manière que cette période soit ininterrompue (voir la recommandation 28, alinéa f)). En outre, le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que l'option B, bien que conforme à la recommandation 69, n'est pas réaliste (du moins pour ce qui est des registres de biens meubles; à cet égard, les registres immobiliers sont différents). Elle n'est pas réaliste parce qu'à moins d'un mécanisme de contrôle, toutes les inscriptions auraient un effet illimité dans le temps. Donner à la personne procédant à l'inscription la possibilité de choisir la durée de la période d'effet de l'inscription est une chose, mais n'exercer aucun*

*contrôle sur ce choix en est une autre (lorsque ce choix porte sur une autre période que celle autorisée par le constituant). Certains systèmes de registre modernes prévoient la possibilité d'une inscription à durée illimitée, mais perçoivent, pour lutter contre les abus, des frais d'inscription élevés. Dans ces systèmes, les frais sont calculés sur une base annuelle, ce qui dissuade de choisir une durée trop longue. Face à ce problème, le Groupe de travail voudra peut-être se demander si l'option B devrait être conservée ou supprimée et, dans le premier cas, si le commentaire devrait contenir les explications mentionnées ci-dessus ou d'autres explications.*]

**Recommandation 12: Moment où un avis peut être inscrit**

La réglementation devrait prévoir qu'un avis peut être inscrit avant ou après la constitution de la sûreté ou la conclusion de la convention constitutive de sûreté.

**Recommandation 13: Caractère suffisant d'un avis unique**

La réglementation devrait prévoir que l'inscription d'un avis unique suffit pour assurer l'opposabilité d'une ou plusieurs sûretés réelles mobilières, qu'elles existent au moment de l'inscription ou soient créées par la suite, et qu'elles découlent d'une ou plusieurs conventions constitutives de sûreté conclues entre les mêmes parties.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire pourra expliquer qu'un avis unique ne serait suffisant, dans le cas de sûretés futures, que tant que la description des biens grevés figurant dans l'avis serait suffisante en vertu de la recommandation 63.*]

**Recommandation 14: Indexation des informations dans le fichier du registre**

La réglementation devrait prévoir que:

a) Les informations du fichier du registre contenues dans l'avis initial sont indexées ou présentées de toute autre manière qui permette de les retrouver suivant l'identifiant du constituant conformément à la loi et à la réglementation;

b) [À des fins internes, le personnel du registre peut indexer les informations du fichier du registre contenues dans un avis initial ou les présenter de toute autre manière qui permette de les retrouver suivant l'identifiant du créancier garanti; et

c)] Les informations du fichier du registre contenues dans un avis de modification ou de radiation sont indexées ou présentées de toute autre manière qui permette de les retrouver par association avec les informations de l'avis initial.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que: a) les informations peuvent être indexées, ou ne pas l'être si elles sont organisées d'une manière qui permet de les retrouver (voir la recommandation 54, al. h)); b) si le droit des opérations garanties l'autorise, l'indexation peut s'effectuer par numéro de série (en plus de l'indexation par constituant, voir le* Guide *chapitre IV, par. 31 à 36); et c) à des fins internes (modifications globales, par exemple; voir la recommandation 28 ci-dessous), le registre peut procéder à l'indexation par identifiant du créancier garanti. En ce qui concerne l'indexation ou la présentation des informations d'une autre manière, le*

*commentaire expliquera également qu'il est possible de présenter les informations de manière telle que des recherches puissent être effectuées sans indexation (en utilisant, par exemple, un système de recherche en forme libre ou par caractère générique avec mots clefs). Il n'existe peut-être pas de registre des sûretés qui utilise ce type de logique de recherche de manière officielle, mais certains registres qui possèdent un index par débiteur proposent également une recherche non officielle ou par caractère générique avec mots clefs. En ce qui concerne l'indexation par identifiant du créancier garanti, le commentaire expliquera que dans le commentaire, le* Guide *faisait référence à une indexation générale par identifiant de créancier garanti, mais ne la recommandait pas afin d'éviter de contrevenir aux attentes de confidentialité commerciale ou de porter atteinte à la confiance du public dans le système du registre (voir le* Guide*, chap. IV, par. 29). C'est la raison pour laquelle l'alinéa b) de la présente recommandation et la recommandation 28 ci-dessous apparaissent entre crochets.*]

**Recommandation 15: Intégrité du fichier du registre**

La réglementation devrait prévoir que sous réserve des dispositions des recommandations 16 et 17, le registre ne peut ni modifier, ni retirer les informations qui figurent dans son fichier.

**Recommandation 16: Modification des informations qui figurent dans le fichier du registre**

La réglementation devrait prévoir que le registre ne devrait modifier les [ou permettre la modification des] informations qui figurent dans son fichier accessible au public qu'en exécution d'un avis de modification conformément aux recommandations 28 et 29, ou d'une décision judiciaire ou administrative conformément à la recommandation 32.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être examiner le passage qui figure entre crochets dans les recommandations 16 et 17. Ce passage vise à autoriser une modification ou une radiation d'informations figurant dans le fichier du registre sans que le personnel de ce dernier n'intervienne. Dans un système de registre électronique, par exemple, le personnel n'a pas besoin d'intervenir pour qu'une personne procédant à l'inscription modifie des informations qui figurent dans le fichier. De la même façon, il faudrait qu'un agent de l'administration ou des services judiciaires puisse procéder directement à la modification ou à la radiation sans avoir à l'envoyer au registre et à s'en remettre à son personnel pour qu'il procède à la modification ou à la radiation. Cette approche réduirait la responsabilité et le risque d'erreur du registre et maintiendrait son efficacité en termes de coût et de temps.*]

**Recommandation 17: Retrait d'informations du fichier du registre**

La réglementation devrait prévoir que le registre devrait promptement retirer les informations de son fichier accessible au public à l'expiration de la période d'effet de l'inscription ou à la suite de la radiation. Il faudrait également que le registre retire les informations qui figurent dans son fichier accessible au public [ou permettre le retrait de ces informations] en exécution d'une décision judiciaire ou administrative conformément à la recommandation 32.

**Recommandation 18: Archivage des informations retirées du fichier du registre**

La réglementation devrait prévoir que les informations retirées du fichier du registre accessible au public devraient être archivées au moins [20] ans de manière que le registre puisse les retrouver.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire précisera que: a) le registre ne peut pas retirer ou modifier des informations qui figurent dans son fichier; b) une modification ultérieure effectuée au moyen d'un autre avis modifiera le contenu du fichier du registre, mais en aucun cas le texte de l'avis initial; c) en vertu de la recommandation 74, le registre devrait, lorsque la période d'effet d'un avis a expiré ou lorsque l'avis a été radié, supprimer les informations du fichier accessible au public et les archiver de manière qu'elles puissent être retrouvées si nécessaire; d) la durée de l'archivage peut dépendre de la durée de la période pendant laquelle des actions peuvent être introduites sur le fondement d'un accord de prêt (dans certains systèmes juridiques, par exemple, aucune action ne peut être introduite après l'expiration d'un délai de 15 ans suivant le jour de la signature de l'acte sur lequel se fonde l'action; dans ces systèmes, la réglementation prévoit que toutes les inscriptions doivent être conservées pendant 15 ans; en outre, s'il est possible que cette période soit prolongée au moyen d'une reconnaissance de dettes émise par le débiteur, le registre n'est pas tenu de conserver les fichiers au-delà du délai de prescription initial); et e) dans de nombreux États, les informations qui figurent dans les avis expirés ou radiés peuvent être conservées dans le fichier du registre accessible au public moyennant indication de l'expiration ou de la radiation. Le commentaire pourra également expliquer que dans de nombreux États, si le registre saisit dans son fichier des informations qui lui ont été soumises, il peut corriger les erreurs faites au cours de la saisie. Cela vise à permettre au registre de corriger les erreurs commises lors de la saisie des informations soumises sur papier (l'exactitude des informations restant la responsabilité de la personne procédant à l'inscription), sachant que le registre ne peut examiner ni corriger les informations saisies en ligne par la personne procédant à l'inscription, car cela irait à l'encontre de la recommandation 54, alinéa d), qui vise à limiter le rôle du registre et donc les risques d'erreur et sa responsabilité en cas d'erreur. Le registre peut, pour corriger son erreur, procéder à une modification en inscrivant un formulaire indiquant les corrections apportées et le nom de la personne qui les apporte. Enfin, le commentaire pourra expliquer qu'il faudra que les États adoptants qui souhaitent permettre de telles corrections par le registre prévoient des règles sur les conséquences juridiques des erreurs faites par ce dernier lors de la saisie des informations dans le fichier et, en particulier, sur la question de savoir si la correction peut avoir un effet sur l'ordre de priorité.*]

## A/CN.9/WG.VI/WP.50/Add.1 (Original: anglais)

## Note du Secrétariat concernant le projet de guide législatif technique sur la mise en place d'un registre des sûretés réelles mobilières: Annexe I. Terminologie et recommandations, soumise au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa vingt et unième session

ADDITIF

**TABLE DES MATIÈRES**


| | | *Recommandations* |
|---|---|---|
| | Annexe I. Terminologie et recommandations (*suite*) | |
| | Terminologie | |
| IV. | Informations relatives à l'inscription | 19-31 |
| V. | Obligations du créancier garanti | 32 |
| VI. | Recherches | 33-34 |
| VII. | Frais | 33-34 |


# Annexe I. Terminologie et recommandations (*suite*)

# IV. Informations relatives à l'inscription

**Recommandation 19: Responsabilité concernant les informations figurant dans un avis**

Le règlement devrait prévoir qu'il n'incombe pas au registre de vérifier que les informations figurant dans un avis sont exactes, complètes ou juridiquement suffisantes.

**Recommandation 20: Langue de l'avis**

Le règlement devrait prévoir que les informations figurant dans un avis doivent être exprimées dans la langue [à préciser par l'État adoptant] et dans un jeu de caractères accessible au public.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être examiner les incidences de cette recommandation. Par exemple, en vertu du sous-alinéa v) de l'alinéa d) de la variante B de la recommandation 22 ci-après, un constituant qui n'est pas citoyen de l'État adoptant aurait besoin d'un document d'identité rédigé dans la langue de l'État adoptant. En outre, si la langue utilisée pour décrire le bien grevé est la langue de l'État du fabricant, une personne effectuant une recherche pourra être induite en erreur parce qu'elle n'aura pas pu déterminer la nature du bien grevé. Dans tous les cas, le commentaire pourrait faire référence à d'autres systèmes, qui prévoient qu'un jeu de caractères étrangers peut*

*être utilisé dans l'avis, pour autant que le registre puisse se fonder sur un ensemble de règles de translittération des caractères étrangers dans le système d'écriture de la ou des langues officielles de l'État adoptant*.]

**Recommandation 21: Informations devant figurer dans l'avis initial**

Le règlement devrait prévoir ce qui suit:

a) Seuls les éléments suivants doivent figurer dans les champs de l'avis initial prévus à cet effet:

i) L'identifiant et l'adresse du constituant, conformément aux recommandations 22 à 24;

ii) L'identifiant et l'adresse du créancier garanti ou de son représentant, conformément à la recommandation 25;

iii) Une description des biens grevés, conformément aux recommandations 26 et 27;

[iv) La durée d'effet de l'inscription, conformément à la recommandation 11[1]; et

v) Le montant monétaire maximum pour lequel la sûreté peut être réalisée][2]; et

b) S'il y a plus d'un constituant ou d'un créancier garanti, les informations requises doivent être indiquées séparément pour chaque constituant ou créancier garanti, dans les champs appropriés d'un seul et même avis ou de plusieurs avis.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire précisera ce qui suit: a) si les informations sont saisies dans un champ inapproprié (par exemple l'identifiant du constituant dans le champ destiné à l'identifiant du créancier garanti), un avis contenant des informations par ailleurs correctes et suffisantes peut être privé d'effet; b) les conventions de formation des noms de l'État adoptant s'appliqueront; c) le système du registre devrait être conçu de sorte qu'une recherche sur l'identifiant d'un des constituants identifiés dans l'avis inscrit permette de retrouver l'avis où apparaissent tous les autres constituants; et d) aux fins des recommandations 21 à 25 et du règlement d'application, l'identifiant du constituant ou du créancier garanti devrait être l'identifiant au moment de l'inscription. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner l'ordre des recommandations et, plus particulièrement, la question de savoir s'il faudrait insérer, juste après la recommandation 21, qui traite des informations requises dans l'avis initial, les recommandations 28 à 30, qui traitent des informations requises dans un avis de modification ou de radiation. Si cet ordre était retenu, les recommandations 22 à 27, qui traitent des informations concernant le constituant et le créancier garanti et de la description des biens grevés, suivraient et s'appliqueraient, selon le cas, à un avis initial, un avis de modification ou un avis de radiation*.]

---

[1] Si l'État adoptant a choisi l'option B ou C dans la recommandation 11 (voir recommandation 69).

[2] Si la loi l'autorise (voir recommandation 57 d)).

**Recommandation 22: Identifiant du constituant (personne physique)**

Le règlement devrait prévoir ce qui suit:

a) Si le constituant est une personne physique, son identifiant est:

**Variante A**

son nom [lorsqu'elles sont nécessaires pour bien individualiser le constituant, des informations supplémentaires, comme la date de naissance ou le numéro d'identification personnel délivré au constituant par l'État adoptant, devraient être exigées];

**Variante B**

son nom [et] [ou] le numéro d'identification personnel qui lui a été délivré par l'État adoptant. S'il n'a pas reçu de numéro d'identification personnel de l'État adoptant, l'identifiant est son nom;

b) Si le constituant est une personne physique dont le nom se compose d'un nom de famille et d'un ou plusieurs prénoms, son nom consiste en son nom de famille et ses deux premiers prénoms;

c) Si le constituant est une personne physique dont le nom se compose d'un seul mot, son nom consiste en ce seul mot et doit être saisi dans le champ réservé au nom de famille;

d) Le nom du constituant est déterminé comme suit:

i) Si le constituant est né dans [l'État adoptant] et si sa naissance y a été enregistrée auprès d'une administration responsable de l'enregistrement des naissances, son nom est celui qui figure sur le certificat de naissance du constituant ou document équivalent délivré par cette administration;

ii) Si le constituant est né dans [l'État adoptant] mais si sa naissance n'y a pas été enregistrée, son nom est celui qui figure sur un passeport en cours de validité qui lui a été délivré par les autorités de [l'État adoptant];

iii) Dans les cas non visés aux sous-alinéas i) et ii), le nom du constituant est celui qui apparaît sur un document officiel en cours de validité, tel qu'une carte d'identité ou un permis de conduire, qui lui a été délivré par [l'État adoptant];

iv) Dans les cas non visés aux sous-alinéas i), ii) et iii), si le constituant est un citoyen de [l'État adoptant], son nom est celui qui apparaît sur son certificat de citoyenneté;

v) Dans les cas non visés aux sous-alinéas i), ii), iii) et iv), le nom du constituant est celui qui apparaît sur un passeport en cours de validité délivré par l'État dont il est citoyen et, s'il n'a pas de passeport en cours de validité, celui qui apparaît sur le certificat de naissance ou document équivalent qui lui est délivré par l'administration responsable de l'enregistrement des naissances au lieu où il est né;

vi) Dans les cas non visés aux sous-alinéas i) à v), le nom du constituant est celui qui apparaît sur deux documents officiels en cours de validité, tels

qu'une carte d'identité, une carte de sécurité sociale ou une carte d'assurance maladie, qui lui ont été délivrés par l'État adoptant.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être examiner les questions suivantes: a) s'il convient de conserver le texte qui figure entre crochets dans la variante A de l'alinéa a) de la présente recommandation (qui reprend les termes de la deuxième phrase de la recommandation 59) dans les recommandations et dans les exemples de formulaire (voir A/CN.9/WG.VI/WP.50/Add.2); et b) dans l'affirmative, s'il faut le laisser dans cette recommandation ou l'insérer dans une recommandation distincte. Le Groupe de travail voudra peut-être aussi tenir compte du fait qu'il existe quatre possibilités d'identifiant selon la variante B de l'alinéa a): a) juste le nom; b) juste le numéro; c) le nom ou le numéro; et d) le nom et le numéro. Il voudra peut-être déterminer s'il ne devrait y en avoir qu'une. Il voudra peut-être en outre noter que le commentaire précisera ce qui suit: a) la présente recommandation porte sur l'identifiant du constituant (les critères d'indexation et de recherche font l'objet de la recommandation 33 ci-après); b) conformément à la recommandation 59, la variante A de l'alinéa a) de la présente recommandation prévoit que l'identifiant principal du constituant est son nom et prévoit des critères d'identification supplémentaires (toutefois, une erreur portant sur l'identifiant du constituant n'est pas traitée de la même manière qu'une erreur portant sur un critère supplémentaire, voir recommandations 58 et 64); c) si, selon la variante B de l'alinéa a) de la présente recommandation, le nom et le numéro représentent l'identifiant du constituant, ils doivent tous deux être saisis correctement dans le champ approprié (sinon, la règle de la recommandation 58 s'applique); et d) si le nom se compose d'un seul mot, ce dernier doit être saisi dans le champ réservé au nom de famille, et le système doit être conçu de manière à ne pas rejeter un avis dont le champ réservé aux prénoms n'a pas été rempli*.]

**Recommandation 23: Identifiant du constituant (personne morale)**

Le règlement devrait prévoir que, si le constituant est une personne morale, son identifiant est:

**Option A**

son nom tel qu'il figure dans son document constitutif.

**Option B**

son nom tel qu'il figure dans son document constitutif [et] [ou] le numéro d'identification qui lui a été attribué par [l'État adoptant] [l'État sous l'autorité duquel le registre pertinent est organisé] conformément à la loi sur [...],

**Variante A**

y compris l'abréviation indiquant le type de société, telle que "Ltée", "EURL", "SARL", "SA", "SAS", "SASU", selon les cas, ou les mots "Limitée", "Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée", "Société à responsabilité limitée", "Société anonyme", "Société par actions simplifiée", "Société par actions simplifiée unipersonnelle";

**Variante B**

avec ou sans l'abréviation indiquant le type de société, telle que "Ltée", "EURL", "SARL", "SA", "SAS", "SASU", selon les cas, ou les mots "Limitée", "Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée", "Société à responsabilité limitée", "Société anonyme", "Société par actions simplifiée", "Société par actions simplifiée unipersonnelle".

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que les commentaires concernant les variantes A et B de la note relative à la recommandation 21 s'appliquent aux options A et B prévues dans la présente recommandation*.]

**Recommandation 24: Identifiant du constituant (autres cas)**

Le règlement devrait prévoir ce qui suit:

a) Si le constituant est la succession d'une personne décédée ou un administrateur agissant au nom de la succession, l'identifiant est le nom de la personne décédée indiqué conformément à la recommandation 22 et il est précisé dans un champ distinct que le constituant est la succession d'une personne décédée ou un administrateur agissant au nom de la succession;

b) Si le constituant est une organisation syndicale qui n'est pas une personne morale, l'identifiant est le nom de cette organisation tel qu'il apparaît dans son document constitutif; [lorsqu'elles sont nécessaires pour bien individualiser le constituant conformément à la recommandation 22, des informations supplémentaires, telles que le nom de chaque personne représentant l'organisation dans l'opération donnant lieu à l'inscription, devraient être exigées];

c) Si le constituant est une fiducie ou un fiduciaire agissant au nom de la fiducie et si le document constitutif de la fiducie en précise le nom, l'identifiant est le nom de la fiducie indiqué conformément à la recommandation 22 et il est précisé dans un champ distinct que le constituant est une "fiducie" ou un "fiduciaire";

d) Si le constituant est une fiducie ou un fiduciaire agissant au nom de la fiducie et si le document constitutif de la fiducie n'en précise pas le nom, l'identifiant est celui du fiduciaire indiqué conformément à la recommandation 22 et il est précisé dans un champ distinct que le constituant est une "fiducie" ou un "fiduciaire";

e) Si le constituant est un représentant de l'insolvabilité agissant pour une personne physique, l'identifiant est le nom de la personne insolvable indiqué conformément à la recommandation 22 et il est précisé dans un champ distinct que le constituant est insolvable;

f) Si le constituant est un représentant de l'insolvabilité agissant pour une personne morale, l'identifiant est le nom de la personne morale insolvable indiqué conformément à la recommandation 23 et il est précisé dans un champ distinct que le constituant est insolvable;

g) Si le constituant fait partie d'un consortium ou d'une coentreprise, l'identifiant est le nom du consortium ou de la coentreprise tel qu'il apparaît dans son document constitutif; [lorsqu'elles sont nécessaires pour bien individualiser le

constituant conformément aux recommandations 22 ou 23, des informations supplémentaires telles que le nom de chaque participant devraient être exigées]; et

h) Si le constituant fait partie d'une entité autre que celles visées aux alinéas précédents, l'identifiant est le nom de l'entité tel qu'il apparaît dans son document constitutif[; lorsqu'elles sont nécessaires pour bien individualiser le constituant conformément à la recommandation 22, des informations supplémentaires telles que le nom de chaque personne physique représentant l'entité dans l'opération sur laquelle porte l'inscription devraient être exigées].

**Recommandation 25: Identifiant du créancier garanti**

Le règlement devrait prévoir ce qui suit:

a) Si le créancier garanti est une personne physique, son identifiant est son nom, conformément à la recommandation 22;

b) Si le créancier garanti est une personne morale, son identifiant est son nom, conformément à la recommandation 23; et

c) Si le créancier garanti est une personne d'un des types décrits dans la recommandation 24, l'identifiant est le nom de cette personne, conformément à la recommandation 24.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera qu'il n'y aura dans l'avis papier ou électronique qu'un seul champ "créancier garanti", qu'il s'agisse du créancier garanti lui-même ou de son représentant (personne physique, membre ou représentant d'un consortium de banques).*]

**Recommandation 26: Description des biens grevés**

Le règlement devrait prévoir ce qui suit:

a) Les biens grevés doivent être décrits dans l'avis initial ou l'avis de modification de façon à être suffisamment identifiables; et

b) Sauf disposition contraire de la loi, une description générique renvoyant à l'ensemble des biens d'une catégorie de biens meubles ou à l'ensemble des biens meubles du constituant désigne les biens de cette catégorie sur lesquels le constituant acquiert des droits à tout moment de la durée d'effet de l'inscription.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera les points suivants: a) la recommandation 26 traite de la description des biens grevés dans l'avis (y compris ceux attachés à un immeuble); b) si le régime applicable à l'inscription dans un registre des biens immeubles ne permet pas l'inscription d'avis, il conviendra peut-être de le réviser de manière à permettre l'inscription d'avis concernant des sûretés sur des biens attachés à des biens immeubles (voir* Guide*, chap. III, par. 104); et c) des informations supplémentaires peuvent être fournies sous la forme d'une annexe à l'avis, soit pour décrire les biens plus en détail, soit si un espace complémentaire est nécessaire. Ceci est particulièrement utile ou nécessaire dans les systèmes de registre conçus pour accepter un nombre limité de caractères dans les champs pertinents d'un avis.*]

**Recommandation 27: Informations incorrectes ou insuffisantes**

Le règlement devrait prévoir ce qui suit:

a) L'inscription d'un avis initial ou d'un avis de modification n'a d'effet que si l'identifiant correct du constituant y est indiqué conformément aux recommandations 22 à 24 ou, en cas d'indication incorrecte de l'identifiant, si une recherche effectuée dans le fichier du registre à partir de l'identifiant correct du constituant permet de retrouver l'avis;

b) Sous réserve des dispositions de l'alinéa a) de la présente recommandation, une erreur ou une lacune dans les informations devant être saisies dans le fichier du registre conformément à la loi et au règlement n'invalide pas l'inscription, sauf si elle induit gravement en erreur une personne effectuant raisonnablement une recherche;

c) La description des biens grevés dans un avis qui ne satisfait pas aux exigences de la loi ou du règlement ne prive pas d'effet cet avis pour ce qui est des autres biens grevés qui y sont décrits de manière satisfaisante.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer si la présente recommandation doit être conservée à cet endroit, ou uniquement être traitée dans le commentaire. L'alinéa a) porte sur une question traitée dans la recommandation 58; l'alinéa b) suit la recommandation 64; et l'alinéa c) suit la recommandation 65. Une raison de conserver cette recommandation pourrait être qu'elle traite d'un sujet très important sur lequel il convient d'appeler l'attention dans les présentes recommandations. Le Groupe de travail voudra peut-être aussi déterminer si la présente recommandation, ou le commentaire correspondant, devrait préciser que, s'il y a plusieurs constituants, une erreur dans l'identifiant d'un constituant ne prive pas d'effet l'avis pour ce qui est des autres constituants qui y sont correctement identifiés*.]

**Recommandation 28: Informations devant figurer dans un avis de modification**

Le règlement devrait prévoir ce qui suit:

a) Les éléments suivants doivent figurer dans le champ approprié de l'avis de modification:

i) Le numéro d'inscription de l'avis sur lequel porte la modification;

ii) S'il s'agit d'un ajout, les informations à ajouter, selon les modalités prévues par le présent règlement pour la saisie d'informations de ce type; et

iii) S'il s'agit d'une modification, les nouvelles informations, comme le prévoit le présent règlement pour la saisie d'informations de ce type;

[b) Un avis de modification qui signale un transfert des biens grevés doit indiquer l'identifiant et l'adresse du bénéficiaire du transfert en tant que constituant conformément aux recommandations 22 à 24. Un avis de modification qui signale un transfert qui ne porte que sur une partie des biens grevés doit indiquer l'identifiant et l'adresse du bénéficiaire du transfert en tant que constituant conformément aux recommandations 22 à 24 et décrire la part des biens grevés transférés conformément à la recommandation 26;]

c) Un avis de modification qui signale une cession de rang concernant la sûreté doit décrire la nature et l'étendue de la cession de rang et préciser l'identité du bénéficiaire dans le champ approprié;

d) Un avis de modification qui signale la cession d'une obligation garantie doit indiquer l'identifiant et l'adresse du cessionnaire en tant que créancier garanti conformément à la recommandation 25 et, s'il s'agit d'une cession partielle, décrire les biens grevés sur lesquels porte la cession partielle dans le champ approprié; et

e) Un avis de modification peut être inscrit à tout moment [et viser une ou plusieurs des fonctions susmentionnées].

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera l'objet d'une modification (par exemple, ajouter, modifier ou supprimer des informations dans le fichier du registre, ou renouveler la durée d'effet d'une inscription) et qu'une modification de l'identifiant d'un constituant sera indexée par l'ajout du nouvel identifiant comme s'il s'agissait d'un nouveau constituant. L'inscription pourra être retrouvée aussi bien à partir de l'ancien identifiant du constituant qu'à partir du nouveau. Par ailleurs, le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il convient de mettre en place un mécanisme d'identification des différentes versions d'une inscription. Par exemple, une inscription initiale pourrait se voir attribuer le numéro 12345-01, la première modification le numéro 12345-02, la deuxième le numéro 12345-03 et ainsi de suite. Le Groupe de travail voudra peut-être aussi examiner si, lorsque l'État choisit cette option dans la loi (voir* Guide*, chap. IV, par. 78 à 80), dans le cas d'un transfert du bien grevé (voir par. 3), le bénéficiaire du transfert devrait être identifié comme le nouveau constituant en sus du constituant existant ou si les identifiants de l'auteur et du bénéficiaire du transfert devraient être conservés dans le fichier du registre accessible au public. Il voudra peut-être en outre déterminer si un utilisateur doit pouvoir sélectionner plusieurs fonctions sur un seul avis de modification, par exemple l'ajout d'un constituant et l'ajout de nouveaux biens grevés (voir le passage entre crochets à l'alinéa e) de la présente recommandation)*.]

**[Recommandation 29: Modification globale des informations relatives à un créancier garanti dans plusieurs avis**

Le règlement devrait prévoir que la personne procédant à l'inscription dans plusieurs avis inscrits peut demander au registre de modifier les informations concernant le créancier garanti dans l'ensemble de ces avis en une seule modification globale.]

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que la présente recommandation apparaît entre crochets dans l'attente de sa décision sur l'éventuelle existence d'un index des créanciers garantis aux fins de recherches internes par le personnel du registre (voir note ci-avant relative à l'alinéa b) de la recommandation 14)*.]

**Recommandation 30: Informations devant figurer dans un avis de radiation**

Le règlement devrait prévoir qu'un avis de radiation doit comprendre le numéro d'inscription de l'avis initial, saisi dans le champ approprié. Un avis de radiation peut être inscrit à tout moment.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire précisera que l'identifiant du constituant ne doit pas nécessairement figurer dans l'avis de radiation, pour autant que la personne procédant à l'inscription ait accès au registre (par exemple avec son identifiant et son mot de passe) et dispose du numéro d'inscription pertinent*.]

**Recommandation 31: Copie de l'avis**

Le règlement devrait prévoir ce qui suit:

a) Lorsqu'un avis est inscrit par voie électronique, le registre doit en transmettre une copie à chaque personne ayant procédé à l'inscription, à l'adresse ou aux adresses qui figurent dans l'avis, dès que les informations de l'avis sont saisies dans le fichier du registre;

b) Lorsqu'un avis est inscrit autrement que par voie électronique, le registre est tenu d'en envoyer sans délai une copie à chaque personne ayant procédé à l'inscription, à l'adresse ou aux adresses qui figurent dans l'avis; et

c) La personne procédant à l'inscription doit envoyer une copie de l'avis à chaque constituant, à l'adresse ou aux adresses qui figurent dans l'avis, dans les [30] jours à compter de la saisie des informations de l'avis dans le fichier du registre[, à moins que le constituant n'ait renoncé par écrit au droit de la recevoir].

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si la question sur laquelle porte cette recommandation ne relève pas plutôt de la loi, auquel cas elle devrait être examinée dans le commentaire et non traitée dans les recommandations. Il voudra peut-être noter que le commentaire précisera que la question de savoir si le registre enverra une copie imprimée ou électronique dépendra du type d'adresse que le constituant aura indiquée dans l'avis. Il voudra peut-être aussi noter que, pour ce qui est de la renonciation visée dans le passage entre crochets de l'alinéa c) de la présente recommandation (qui aurait peut-être davantage sa place dans le chapitre V relatif aux obligations du créancier garanti), en vertu de la recommandation 10 du* Guide*, l'autonomie des parties s'applique sauf disposition contraire. L'alinéa c) de la recommandation 55 ne fait pas partie des recommandations non sujettes à l'autonomie des parties, mais prévoit que le manquement du créancier garanti à cette obligation peut entraîner des pénalités et des dommages-intérêts. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si une renonciation à ce droit du constituant devrait être proscrite, dans la mesure où l'envoi aux constituants de copies des avis inscrits est une caractéristique fondamentale du système d'inscription des avis et constitue une protection importante pour le constituant*.]

# V. Obligations du créancier garanti

**Recommandation 32: Modification ou radiation obligatoire**

Le règlement devrait prévoir ce qui suit:

a) Toute personne procédant à l'inscription est tenue de présenter au registre un avis de modification ou de radiation, dans la mesure appropriée, au plus

tard [15] jours après que le créancier garanti a reçu une demande écrite du constituant, si:

i) Aucune convention constitutive de sûreté n'a été conclue entre la personne procédant à l'inscription et le constituant[, ou si la convention constitutive de sûreté a été révisée];

ii) La sûreté sur laquelle porte l'inscription est éteinte du fait d'un paiement ou d'une autre manière; ou

iii) Le constituant n'a pas autorisé l'inscription d'un avis initial ou d'un avis de modification[, du tout ou telle qu'elle est décrite dans l'avis], comme le prévoit la recommandation 8;

b) Aucune somme d'argent ne sera perçue ou acceptée par le créancier garanti à cette fin;

c) Si la personne procédant à l'inscription ne donne pas suite dans le délai prévu à l'alinéa a), le constituant est en droit de demander la radiation ou la modification par une procédure judiciaire ou administrative simplifiée;

d) Le constituant est en droit de demander la radiation ou la modification par une procédure judiciaire ou administrative simplifiée avant même l'expiration du délai prévu à l'alinéa a), à condition qu'il existe des mécanismes appropriés pour protéger la personne procédant à l'inscription; et

e) La modification ou la radiation est effectuée par:

**Variante A**

le registre dès réception de la décision judiciaire ou administrative pertinente.

**Variante B**

un fonctionnaire judiciaire ou administratif [qui joint une copie de la décision judiciaire ou administrative pertinente].

**Variante C**

le constituant, qui joint une copie de la décision judiciaire ou administrative pertinente.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que l'alinéa a) de la présente recommandation (qui se fonde sur la recommandation 74) ne se réfère pas à la situation où le créancier garanti ne s'engage pas à accorder un crédit supplémentaire, mais que cette situation est prévue car si un tel engagement existe la sûreté ne peut être éteinte. Il voudra peut-être aussi noter que cet alinéa ne se réfère pas non plus à la situation où l'avis porte sur des biens non mentionnés dans la convention constitutive de sûreté, mais que cette situation est aussi prévue, car, dans un tel cas, l'inscription ne serait que partiellement autorisée et serait, par conséquent, partiellement dépourvue d'effet. Dans ce contexte, le Groupe de travail voudra peut-être examiner le passage entre crochets figurant au sous-alinéa i) de l'alinéa a) pour préciser ces points et établir plus clairement que l'absence totale d'autorisation est un motif de demande de radiation, alors qu'une autorisation partielle est un motif de demande de*

*modification. Il voudra peut-être aussi déterminer si le commentaire du projet de guide sur le registre devrait mentionner une autre approche retenue dans certains systèmes juridiques, selon laquelle l'avis inscrit est annulé automatiquement (sans qu'il soit nécessaire d'effectuer de recherche ni de procéder à un examen) si le constituant informe le registre que le créancier garanti n'a pas répondu à sa demande dans le délai prévu à l'alinéa a) de la présente recommandation. Cette façon de faire réduit la charge de travail du personnel du registre et encourage le créancier garanti à répondre en temps voulu aux demandes de modification et de radiation. Compte tenu du fait que les créanciers garantis sont des parties aux moyens sophistiqués, le risque qu'ils laissent passer une demande de modification ou de radiation du constituant sans réagir et que l'inscription soit radiée par inadvertance est insignifiant. Quant au risque que le constituant abuse de cette approche, tout comme le risque que le créancier garanti abuse du système du registre, il relève non pas du système du registre mais de la législation, notamment d'autres lois que celle sur les opérations garanties. Le Groupe de travail voudra peut-être aussi déterminer: a) si toutes les variantes prévues à l'alinéa e) peuvent être conservées; et b) si les recommandations devraient comprendre un formulaire de demande correspondant à la demande du constituant visée dans la présente recommandation. Enfin, le commentaire pourra aussi traiter dans ce contexte de la question distincte, mais connexe, de savoir si le constituant peut demander des informations supplémentaires sur la dette et s'il devrait être en droit a) d'obtenir un nombre limité de réponses sans frais durant une période spécifiée; et b) de demander des dommages-intérêts ou une autre réparation par une procédure judiciaire ou administrative simplifiée si le créancier garanti ne fournit pas les informations requises*.]

# VI. Recherches

**Recommandation 33: Critères de recherche**

Le règlement devrait prévoir que toute personne peut effectuer une recherche dans le fichier du registre, conformément à la recommandation 7, en utilisant un des critères de recherche suivants:

a) L'identifiant du constituant; ou

b) Le numéro d'inscription.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire mentionnera l'approche suivie dans certains États qui permettent que le numéro de série soit un critère de recherche pour les biens porteurs de numéros de série, de manière à assurer une protection aux bénéficiaires de transferts de biens grevés porteurs d'un tel numéro et à leurs créanciers garantis (voir A/CN.9/WG.VI/WP.48, par. 67 et A/CN.9/WG.VI/WP.48/Add.2, par. 38 à 40)*.]

**Recommandation 34: Résultat de la recherche**

Le règlement devrait prévoir ce qui suit:

a) Le résultat de la recherche indique qu'aucune information correspondant au critère de recherche spécifié n'a pu être retrouvée ou contient toutes les

informations correspondant au critère de recherche spécifié présentes dans le fichier du registre à la date et à l'heure de la recherche;

b) Le résultat de la recherche contient les informations figurant dans le fichier du registre correspondant [exactement au critère de recherche à l'exception...] [étroitement au critère de recherche];

c) Le registre délivre un certificat de recherche [papier] [électronique] indiquant le résultat de la recherche à toute personne effectuant une recherche conformément à la recommandation 33 qui en fait la demande;

d) Le certificat de recherche est admissible comme élément de preuve devant une instance judiciaire; et

e) En l'absence de preuve contraire, le certificat de recherche constitue la preuve de l'inscription ou de la non-inscription de l'avis sur lequel il porte, notamment de la date et de l'heure de l'inscription.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que l'alinéa b) tient compte de la logique de recherche (correspondances exactes et exceptions ou correspondances proches). Même s'il peut être important que le registre soit conçu pour permettre de retrouver des correspondances proches, cette approche pourrait être trop large. Dans tous les cas, il importe que les personnes effectuant une recherche sachent quelle est la logique de recherche utilisée par le registre. Le Groupe de travail voudra peut-être conserver les deux possibilités entre crochets et laisser aux États le soin de choisir entre elles. Le commentaire expliquera que le certificat de recherche mentionné aux alinéas d) et e) vise à fournir une preuve de l'inscription et pas nécessairement de l'exactitude des informations présentes dans le fichier du registre*.]

# VII. Frais

**Recommandation 35: Frais s'appliquant aux services du registre**

Le règlement devrait prévoir ce qui suit:

**Option A**

a) [Sous réserve de l'alinéa b) de la présente recommandation], les frais suivants s'appliquent aux services du registre:

i) Inscriptions:

a. Sur papier [...];

b. Électroniques [...];

ii) Recherches:

a. Sur papier [...];

b. Électroniques [...];

iii) Certificats:

a. Sur papier [...];

b. Électroniques [...].

b) Le registre peut conclure un accord avec une personne répondant à toutes les conditions d'utilisation et lui créer un compte d'utilisateur pour faciliter le paiement des frais.

**Option B**

Le [l'État adoptant précise l'autorité administrative] peut fixer par décret les frais et les méthodes de paiement aux fins du règlement.

**Option C**

Les services [du registre] [de recherche] [de recherche électronique] sont gratuits.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter qu'en vertu de l'alinéa i) de la recommandation 54, certains ou tous les services du registre peuvent être payants ou gratuits et que si frais il y a, ils doivent viser à recouvrer les coûts et non à générer un profit (en tout état de cause, l'alinéa c) de la recommandation 54, qui dispose que l'avis est rejeté en cas de non-paiement, ne s'applique pas à l'option C). Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il y a lieu de conserver une ou plusieurs des options présentées ci-dessus. À cet égard, il voudra peut-être prendre en compte le fait que les services du registre sont des services commerciaux qui ne devraient pas être payés par l'État (c'est-à-dire par les contribuables). Il voudra peut-être aussi noter qu'il est normalement facile de réviser un règlement mais que dans certains États, un décret peut être un moyen plus pratique de fixer les frais du registre. Si le Groupe de travail adopte ou conserve l'option A comme une possibilité, il voudra peut-être aussi examiner si les frais devraient dépendre de la durée d'effet de l'inscription, afin de refléter plus aisément le coût du stockage des informations pertinentes. Le commentaire du projet de guide sur le registre pourrait expliquer que la recommandation 35 vise à présenter quelques exemples possibles et que les États peuvent souhaiter mettre en œuvre différentes réglementations pour le paiement des frais du registre. Le commentaire accompagnant l'option A pourrait préciser que si le registre est exploité par l'État, les services électroniques – ou les recherches seulement – pourraient être gratuits ou peu onéreux*.]

## A/CN.9/WG.VI/WP.50/Add.2 (Original: anglais)

# Note du Secrétariat concernant le projet de guide législatif technique sur la mise en place d'un registre des sûretés réelles mobilières: Annexe II. Exemples de formulaires d'inscription, soumise au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa vingt et unième session

ADDITIF

Le Groupe de travail voudra peut-être examiner les exemples de formulaires d'avis figurant dans la présente note. Ces exemples sont présentés en tant qu'annexe II du projet de guide législatif technique sur la mise en place d'un registre des sûretés réelles mobilières, faisant suite à l'annexe I qui porte sur la terminologie et les recommandations. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si des exemples d'autres formulaires devraient aussi être élaborés (notamment pour fournir des renseignements complémentaires et notifier le rejet d'un avis par le registre en indiquant les motifs du rejet).

## REGISTRE DES SÛRETÉS RÉELLES MOBILIÈRES
## EXEMPLE D'AVIS INITIAL
## (FORMULAIRE A)

IL INCOMBE À LA PERSONNE PROCÉDANT À L'INSCRIPTION DE S'ASSURER QUE TOUS LES RENSEIGNEMENTS DEMANDÉS SONT FOURNIS ET [SI LE REGISTRE EST ENTIÈREMENT ÉLECTRONIQUE] SAISIS DE MANIÈRE LISIBLE DANS LE CHAMP APPROPRIÉ DE L'AVIS[1]. SI L'ESPACE DE CE FORMULAIRE NE SUFFIT PAS, VEUILLEZ UTILISER L'ESPACE COMPLÉMENTAIRE PRÉVU À CET EFFET.

[Numéro de l'inscription _____ généré par le bureau du registre][2]

### A. RENSEIGNEMENTS CONCERNANT LE CONSTITUANT

1. PERSONNE PHYSIQUE [Recommandation 22]

_____ / _____ / _____/

Nom de famille | Premier prénom | Deuxième prénom

_____ / _____ / _____/

[Nom du père] | [Nom de la mère] | [Nom du conjoint]

[tel qu'il figure sur la carte d'identité, si délivrée par l'État adoptant][3]

NUMÉRO D'IDENTIFICATION [si délivré par l'État adoptant] _____

ADRESSE _____
et/ou

Adresse électronique _____

---

[1] Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter qu'il sera expliqué dans le commentaire que la personne procédant à l'inscription saisit les informations dans l'avis et que, dans un registre électronique, les informations sont placées dans le fichier du registre sans intervention du personnel du registre, ce qui élimine les risques d'erreurs de saisie dues au registre et de responsabilité du registre. Dans les systèmes qui acceptent les avis sur papier, les informations sont saisies dans le fichier par le personnel du registre, d'où la persistance de risques d'erreurs et de responsabilité du registre. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il convient d'inclure ces éclaircissements dans le commentaire.

[2] Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il convient de conserver cette formulation dans l'avis, ce qui pourrait être inutile puisque le registre générerait ces renseignements de manière automatique.

[3] Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que les références aux recommandations ont simplement pour objet de faciliter la consultation de ces dernières et n'apparaîtront pas dans la version définitive du texte. Il voudra peut-être aussi noter que, si l'État adoptant délivre des cartes d'identité nationale aux citoyens et résidents, le nom fourni devra être celui qui figure sur la carte d'identité (similairement à ce qui est prescrit dans le formulaire en matière de numéros d'identification). Il voudra peut-être en outre examiner si les recommandations ou le commentaire devraient prévoir le rapprochement électronique des noms et des numéros (tant pour les personnes physiques que pour les entités) dans les bases de données nationales de façon automatique au moment de la soumission.

2. PERSONNE MORALE OU AUTRE ENTITÉ [Recommandations 23 et 24]

NOM _____

[tel qu'il figure dans le document constitutif de la personne morale ou autre entité]

NUMÉRO D'IDENTIFICATION [si délivré par l'État adoptant] _____

ADRESSE _____
et/ou

Adresse électronique _____

3. INDIQUER SI LE CONSTITUANT EST

_____ une fiducie nommément désignée

_____ un fiduciaire personne morale agissant pour le compte d'une fiducie non nommément désignée

_____ une personne morale insolvable représentée par un administrateur d'insolvabilité

4. RENSEIGNEMENTS SUPPLÉMENTAIRES CONCERNANT LE CONSTITUANT (le cas échéant) [Recommandation 24]

NOM: _____ / _____ / _____/

Nom de famille Premier prénom Deuxième prénom

_____ / _____ / _____/

[Nom du père] [Nom de la mère] [Nom du conjoint]

[tel qu'il figure sur la carte d'identité, si délivrée par l'État adoptant]

NUMÉRO D'IDENTIFICATION [si délivré par l'État adoptant] _____

ADRESSE _____
et/ou

Adresse électronique _____

## B. RENSEIGNEMENTS CONCERNANT LE CRÉANCIER GARANTI

1. PERSONNE PHYSIQUE [Recommandation 25, alinéa a)]

_____ / _____ / _____/

Nom de famille Premier prénom Deuxième prénom

_____ / _____ / _____/

[Nom du père] [Nom de la mère] [Nom du conjoint]

[tel qu'il figure sur la carte d'identité, si délivrée par l'État adoptant]

NUMÉRO D'IDENTIFICATION [si délivré par l'État adoptant] _____

ADRESSE _____
et/ou

Adresse électronique _____

2. PERSONNE MORALE OU AUTRE ENTITÉ [Recommandation 25, alinéas b) et c)]

NOM _____

[tel qu'il figure dans le document constitutif de la personne morale ou autre entité]

NUMÉRO D'IDENTIFICATION [si délivré par l'État adoptant] _____

ADRESSE _____
et/ou

Adresse électronique _____

## C. DESCRIPTION DES BIENS GREVÉS [Recommandation 26]

### 1. DESCRIPTION SPÉCIFIQUE OU GÉNÉRIQUE[4]

_____

_____

_____

_____

_____

### 2. DESCRIPTION SPÉCIFIQUE DES BIENS PORTEURS D'UN NUMÉRO DE SÉRIE[5]

| Code type | Numéro de série | Fabricant | Modèle |
|---|---|---|---|
| _____ | _____ | _____ | _____ |
| _____ | _____ | _____ | _____ |
| _____ | _____ | _____ | _____ |
| _____ | _____ | _____ | _____ |

[**E. DURÉE D'EFFET DE L'INSCRIPTION** _____ (jj) _____ (mm) _____ (aaaa)]
[Recommandations 11 et 21, sous-alinéa iv) de l'alinéa a)]

[**F. MONTANT MAXIMUM POUR LEQUEL LA SÛRETÉ PEUT ÊTRE RÉALISÉE** _____ [en chiffres et/ou en lettres][6] [Recommandation 21, sous-alinéa v) de l'alinéa a)]

_____

[4] Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que, conformément à la loi recommandée dans le Guide, la description des biens grevés dans la convention constitutive de sûreté et dans l'avis doit être formulée "de façon à ce qu'ils soient suffisamment identifiables" (voir les recommandations 14, al. d) et 63).

[5] Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que si le numéro de série n'est pas considéré comme un critère d'indexation et de recherche en vertu de la loi recommandée dans le Guide, il peut faire partie d'une description du bien formulée "de façon à ce qu'il[s] soi[en]t suffisamment identifiable[s]" (voir les recommandations 14, al. d) et 63).

[**G. RENSEIGNEMENTS CONCERNANT L'UTILISATEUR DU REGISTRE**[7]

IDENTIFIANT _____

MOT DE PASSE _____

SIGNATURE _____] (non requise dans les systèmes identifiant/mot de passe)

---

6 Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter qu'il sera expliqué dans le commentaire que, si le registre est programmé pour ne traiter que des chiffres dans ce champ, l'avis pourra être rejeté si le montant est saisi en toutes lettres.

7 Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être se demander s'il convient de conserver ce champ. Il ne relève pas de l'exigence minimale d'un avis suffisant au titre de la recommandation 57 du *Guide*. En outre, dans le cas d'un système de compte électronique, on suppose que l'utilisateur doit d'abord se connecter à son compte et qu'aucune identification supplémentaire concernant l'avis n'est nécessaire. En outre, dans un système papier, il n'y a pas de mot de passe et, même dans le cas contraire, l'utilisateur ne voudra pas nécessairement révéler ce mot de passe au registre. Enfin, la loi recommandée dans le *Guide* ne demande pas à l'utilisateur de signer l'avis.

## REGISTRE DES SÛRETÉS RÉELLES MOBILIÈRES
## EXEMPLE D'AVIS DE MODIFICATION
## (FORMULAIRE B)

IL INCOMBE À LA PERSONNE PROCÉDANT À L'INSCRIPTION DE S'ASSURER QUE TOUS LES RENSEIGNEMENTS DEMANDÉS SONT FOURNIS ET [SI LE REGISTRE EST ENTIÈREMENT ÉLECTRONIQUE] SAISIS DE MANIÈRE LISIBLE DANS LE CHAMP APPROPRIÉ DE L'AVIS. SI L'ESPACE DE CE FORMULAIRE NE SUFFIT PAS, VEUILLEZ UTILISER L'ESPACE COMPLÉMENTAIRE PRÉVU À CET EFFET.

SÉLECTIONNER UNE OU PLUSIEURS DES OPTIONS SUIVANTES:

[Recommandation 28]

- Ajouter ou supprimer un constituant ou modifier des renseignements concernant un constituant
- Ajouter ou supprimer un créancier garanti ou modifier des renseignements concernant un créancier garanti
- Modifier de toute autre manière la description des biens grevés (notamment en ajoutant ou en supprimant des biens ou des types de biens grevés et en ajoutant une description de biens qui sont le produit des biens initialement grevés) [Recommandations 39 et 40 du *Guide*]
- [Ajouter ou supprimer des biens grevés porteurs d'un numéro de série (notamment en ajoutant la description de biens porteurs d'un numéro de série qui sont le produit de biens initialement grevés)]
- [Proroger la durée d'effet de l'inscription (si l'État adoptant a spécifié une durée d'effet de l'inscription standard ou une durée d'inscription initiale maximale)]
- [Proroger ou écourter la durée d'effet de l'inscription (si l'État adoptant autorise les créanciers garantis à spécifier la durée d'effet de l'inscription)]
- [Modifier le montant maximum pour lequel la sûreté peut être réalisée (si l'État adoptant l'autorise)]
- [Ajouter des renseignements sur la cession de la sûreté]
- [Ajouter des renseignements sur le transfert de biens grevés]
- [Ajouter des renseignements concernant une cession de rang]

[Recommandation 29]

- Modifier des renseignements concernant un créancier garanti dans tous les avis au moyen d'un seul changement

[Recommandation 32]

- Ajouter ou supprimer des renseignements comme suite à une demande du constituant ou à une décision rendue par une autorité judiciaire ou administrative

*Note*: Si la modification porte sur la cession/le transfert par un créancier garanti de ses droits: a) dans le cas d'un transfert intégral, supprimer le créancier garanti auteur du transfert, ajouter le bénéficiaire du transfert en tant que créancier garanti et indiquer qu'il s'agit d'un transfert intégral; et b) dans le cas d'un transfert partiel, ajouter le bénéficiaire du transfert en tant que créancier garanti et indiquer qu'il s'agit d'un transfert partiel. Si la modification porte sur le transfert du bien grevé par le constituant, ajouter le bénéficiaire du transfert en tant que constituant et indiquer si les biens grevés sont transférés en tout ou en partie et, si seuls certains biens sont transférés, indiquer desquels il s'agit.

**Numéro d'inscription de l'avis initial d'inscription sur lequel porte la présente modification** _____

[Recommandation 28, sous-alinéa i) de l'alinéa a)]

## A. AJOUTER OU SUPPRIMER UN CONSTITUANT OU MODIFIER DES RENSEIGNEMENTS CONCERNANT UN CONSTITUANT

1. PERSONNE PHYSIQUE [Recommandation 22]

_____ / _____ / _____/

Nom de famille Premier prénom Deuxième prénom

_____ / _____ / _____/

[Nom du père] [Nom de la mère] [Nom du conjoint]

[tel qu'il figure sur la carte d'identité, si délivrée par l'État adoptant]

NUMÉRO D'IDENTIFICATION [si délivré par l'État adoptant] _____

ADRESSE _____
et/ou

Adresse électronique _____

2. PERSONNE MORALE OU AUTRE ENTITÉ [Recommandations 23 and 24]

NOM _____

[tel qu'il figure dans le document constitutif de la personne morale ou autre entité]

NUMÉRO D'IDENTIFICATION [si délivré par l'État adoptant] _____

ADRESSE _____
et/ou

Adresse électronique _____

3. INDIQUER SI LE CONSTITUANT EST

_____ une fiducie nommément désignée

_____ un fiduciaire personne morale agissant pour le compte d'une fiducie non nommément désignée

_____ une personne morale insolvable représentée par un administrateur d'insolvabilité

4. RENSEIGNEMENTS SUPPLÉMENTAIRES CONCERNANT LE CONSTITUANT (le cas échéant)

NOM: _____ / _____ / _____/

Nom de famille Premier prénom Deuxième prénom

_____ / _____ / _____/

[Nom du père] [Nom de la mère] [Nom du conjoint]

[tel qu'il figure sur la carte d'identité, si délivrée par l'État adoptant]

NUMÉRO D'IDENTIFICATION [si délivré par l'État adoptant] _____

ADRESSE _____
et/ou

Adresse électronique _____

**B. AJOUTER OU SUPPRIMER UN CRÉANCIER GARANTI OU MODIFIER DES RENSEIGNEMENTS CONCERNANT UN CRÉANCIER GARANTI**

1. PERSONNE PHYSIQUE [Recommandation 25, alinéa a)]

_____ / _____ / _____/

Nom de famille Premier prénom Deuxième prénom

_____ / _____ / _____/

[Nom du père] [Nom de la mère] [Nom du conjoint]

[tel qu'il figure sur la carte d'identité, si délivrée par l'État adoptant]

NUMÉRO D'IDENTIFICATION [si délivré par l'État adoptant] _____

ADRESSE _____
et/ou

Adresse électronique _____

2. PERSONNE MORALE OU AUTRE ENTITÉ [Recommandation 25, alinéas b) et c)]

NOM _____

[tel qu'il figure dans le document constitutif de la personne morale ou autre entité]

NUMÉRO D'IDENTIFICATION [si délivré par l'État adoptant] _____

ADRESSE _____
et/ou

Adresse électronique _____

**C. AJOUTER OU SUPPRIMER DES BIENS GREVÉS OU CHANGER LA DESCRIPTION DE BIENS GREVÉS** [Recommandation 25]

_____

_____

_____

**D. AJOUTER OU SUPPRIMER DES BIENS PORTEURS D'UN NUMÉRO DE SÉRIE OU CHANGER LA DESCRIPTION DE BIENS PORTEURS D'UN NUMÉRO DE SÉRIE** [Recommandation 25]

Code type Numéro de série Fabricant Modèle

_____ _____ _____ _____

_____ _____ _____ _____

**E. PROROGER LA DURÉE D'EFFET DE L'INSCRIPTION** (si l'État adoptant a spécifié une durée d'effet de l'inscription standard ou une durée d'inscription initiale maximale) ____ (saisir la période prorogée) [Recommandations 11, option A, et 21, sous-alinéa iv) de l'alinéa a)]

_____

**[F. PROROGER OU ÉCOURTER LA DURÉE D'EFFET DE L'INSCRIPTION** (si l'État adoptant autorise les créanciers garantis à spécifier la durée d'effet de l'inscription) _____ (jj) _____ (mm) _____ (aaaa)] [Recommandations 11, options B et C, et 21, sous-alinéa iv) de l'alinéa a)]

_____

**[G. MODIFIER LE MONTANT MAXIMUM POUR LEQUEL LA SÛRETÉ PEUT ÊTRE RÉALISÉE]** [Recommandation 21, sous-alinéa v) de l'alinéa a)]

_____

**H. AJOUTER OU SUPPRIMER DES RENSEIGNEMENTS COMME SUITE À UNE DEMANDE DU CONSTITUANT OU À UNE DÉCISION RENDUE PAR UNE AUTORITÉ JUDICIAIRE OU ADMINISTRATIVE** [Recommandation 32]

_____

_____

_____

**[RENSEIGNEMENTS CONCERNANT L'UTILISATEUR DU REGISTRE**

IDENTIFIANT _____

MOT DE PASSE _____

SIGNATURE _____] (non requise dans les systèmes identifiant/mot de passe)

## REGISTRE DES SÛRETÉS RÉELLES MOBILIÈRES
## EXEMPLE D'AVIS DE RADIATION
## (FORMULAIRE C)

IL INCOMBE À LA PERSONNE PROCÉDANT À L'INSCRIPTION DE S'ASSURER QUE TOUS LES RENSEIGNEMENTS DEMANDÉS SONT FOURNIS ET [SI LE REGISTRE EST ENTIÈREMENT ÉLECTRONIQUE] SAISIS DE MANIÈRE LISIBLE DANS LE CHAMP APPROPRIÉ DE L'AVIS.

**Numéro d'inscription de l'avis initial à radier:** _____ [8]

**[RENSEIGNEMENTS CONCERNANT L'UTILISATEUR DU REGISTRE**

IDENTIFIANT _____

MOT DE PASSE _____

SIGNATURE _____] (non requise dans les systèmes identifiant/mot de passe)

---

8 Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le constituant ou le créancier garanti doit autoriser l'établissement d'un avis initial, d'un avis de modification ou d'un avis de radiation avant ou après l'inscription de l'avis, mais que cette autorisation ne doit pas nécessairement figurer dans l'avis. Il voudra peut-être aussi se demander si cela serait nécessaire dans le cas d'une radiation où seul l'un des créanciers garantis annule l'avis.

# VI. PASSATION DE MARCHÉS

## A. Rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa vingt et unième session (New York, 16-20 avril 2012) (A/CN.9/745)

**[Original: anglais]**

**TABLE DES MATIÈRES**


*Paragraphes*

I. Introduction . . . . . 1-4

II. Organisation de la session . . . . . 5-11

III. Délibérations et décisions . . . . . 12

IV. Examen de propositions concernant le Guide révisé pour l'incorporation qui accompagnera la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics. . . . 13-37

A. Examen des dispositions du Guide révisé pour l'incorporation (A/CN.9/WG.I/WP.79 et Add.1 à 19) . . . . . 13-34

B. Conclusions . . . . . 35-37

V. Questions diverses: travaux futurs dans le domaine des marchés publics . . . . . 38-41


---

# I. Introduction

1. À sa quarante-quatrième session, la Commission a adopté la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics (A/66/17, par. 192) et chargé le Secrétariat de la mise au point définitive d'un projet de guide pour l'incorporation, qui serait examiné par la Commission en 2012 (A/66/17, par. 181). Elle a fourni des orientations au Secrétariat pour cette tâche (A/66/17, par. 181 à 187).

2. À sa dix-neuvième session, le Groupe de travail a rappelé qu'il avait reporté l'examen de plusieurs questions dans le Guide révisé et que les décisions prises à leur sujet devraient être maintenues à moins qu'elles ne soient annulées au cours des débats ultérieurs du Groupe de travail ou de la Commission. On a également rappelé qu'il avait été convenu d'inclure dans le Guide révisé de nouvelles sections sur les questions de planification et d'administration des marchés, un glossaire et un tableau récapitulant les correspondances avec la Loi type. Il était entendu que, faute de temps, il ne serait sans doute pas possible de préparer un Guide élargi destiné aux personnes chargées de la mise en application ou aux utilisateurs finaux, et que le Guide révisé serait donc destiné en priorité aux législateurs (A/CN.9/713, par. 139).

3. À cette session, le Groupe de travail a prié le Secrétariat de préparer la version révisée du Guide en suivant les lignes directrices suivantes: a) établir un texte initial

de l'introduction générale du Guide révisé, que les législateurs utiliseraient finalement pour décider si la Loi type révisée devrait être adoptée dans leur pays; b) souligner dans cette introduction générale les modifications apportées à la Loi type et les raisons de ces modifications; c) distribuer, en même temps ou à peu près, un projet de texte du Guide révisé se rapportant à un groupe d'articles ou à un chapitre pour faciliter les débats sur la forme et la structure du Guide révisé; d) veiller à ce que le texte du Guide révisé se lise bien et soit aisément compréhensible pour les parlementaires non spécialistes de la passation des marchés; e) traiter avec prudence les questions sensibles telles que celle du meilleur rapport qualité-prix; et f) limiter autant que possible les répétitions entre la partie générale du Guide révisé et le commentaire article par article; lorsqu'elles étaient inévitables, il fallait veiller à la cohérence. Il a été convenu que l'importance relative de la partie générale du Guide révisé et du commentaire article par article devrait être examinée avec soin (A/CN.9/713, par. 140).

4. À sa vingtième session, le Groupe de travail a commencé ses travaux sur l'élaboration de propositions pour le Guide. Il a confirmé qu'il considérait que le Guide devrait se composer de deux parties, la première décrivant l'approche générale de la rédaction de la Loi type révisée et la seconde contenant un commentaire article par article, et il a chargé le Secrétariat de réviser les propositions concernant la partie sur l'approche générale ainsi que celles ayant trait aux dispositions de la Loi type révisée relatives aux contestations et aux appels, à l'appel d'offres restreint, à la demande de prix, à la demande de propositions sans négociation, à la demande de propositions avec négociations consécutives, à l'appel d'offres en deux étapes, à la demande de propositions avec dialogue, aux négociations avec appel à la concurrence et à la sollicitation d'une source unique. Le Groupe de travail a reporté à une date ultérieure l'examen des propositions restantes (A/CN.9/718, par. 17 à 136).

# II. Organisation de la session

5. Le Groupe de travail, qui était composé de tous les États membres de la Commission, a tenu sa vingt et unième session à New York du 16 au 20 avril 2012. Ont assisté à cette session des représentants des États membres suivants: Allemagne, Algérie, Autriche, Brésil, Canada, Chili, Chine, Colombie, El Salvador, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Inde, Israël, Japon, Kenya, Malaisie, Maroc, Mexique, Nigéria, Philippines, Pologne, République de Corée, Sénégal, Thaïlande et Venezuela (République bolivarienne du).

6. Ont assisté à la session des observateurs des États suivants: Angola, Bangladesh, Croatie, Indonésie, Iraq, Koweït, Panama, Qatar, Samoa, Suède et Togo.

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

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

a) *Système des Nations Unies*: Banque mondiale;

b) *Organisations intergouvernementales*: Agence spatiale européenne (ESA), Organisation internationale de droit du développement (OIDD) et Organisation mondiale du commerce (OMC);

c) *Organisations non gouvernementales internationales invitées par le Groupe de travail*: Association européenne des étudiants en droit (ELSA), Association of the Bar of the City of New York, Association of the Bar of the State of New York et Forum for International Conciliation and Arbitration.

9. Le Groupe de travail a élu le Bureau suivant:

*Président*: M. Tore WIWEN-NILSSON (Suède)[1]

*Rapporteur*: M. Seung Woo SON (République de Corée)

10. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants:

a) Ordre du jour provisoire annoté (A/CN.9/WG.I/WP.78);

b) Guide révisé pour l'incorporation qui accompagnera la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics (A/CN.9/WG.I/WP.79 et Add.1 à 19).

11. Le Groupe de travail a adopté l'ordre du jour suivant:

1. Ouverture de la session.
2. Élection du Bureau.
3. Adoption de l'ordre du jour.
4. Examen de propositions concernant le Guide révisé pour l'incorporation qui accompagnera la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.
5. Questions diverses.
6. Adoption du rapport du Groupe de travail.

## III. Délibérations et décisions

12. À sa vingt et unième session, le Groupe de travail a poursuivi et achevé ses travaux sur l'élaboration de propositions concernant le Guide révisé pour l'incorporation qui accompagnera la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

---

[1] Élu à titre personnel.

# IV. Examen de propositions concernant le Guide révisé pour l'incorporation qui accompagnera la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics

## A. Examen des dispositions du Guide révisé pour l'incorporation (A/CN.9/WG.I/WP.79 et Add.1 à 19)

13. À titre de consigne rédactionnelle d'ensemble, il a été convenu que le Guide ne devrait renvoyer à aucun document explicatif complémentaire (pouvant être établi ultérieurement par le secrétariat de la CNUDCI) pour faciliter l'application de la Loi type mais devrait être autonome.

14. En ce qui concerne le document A/CN.9/WG.I/WP.79, il a été convenu de remplacer à la dernière phrase du paragraphe 22 le mot "peut" par l'expression "peut dans certaines circonstances"; et de réviser la seconde phrase du paragraphe 52 en y soulignant que les avantages économiques de la passation de marchés en ligne pourraient dépasser les 5 %.

15. Le document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.1 n'a suscité aucun commentaire.

16. En ce qui concerne le document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.2, le Groupe de travail est convenu:

a) De supprimer au paragraphe 16 l'observation sur la "collusion". Il serait expliqué dans d'autres parties du Guide que la collusion ne se limite pas à l'absence de concurrence mais englobe aussi la concurrence à conditions convenues, par exemple;

b) De réorganiser aux paragraphes 16 à 18 l'examen de la concurrence (la réflexion générale du paragraphe 18 s'ajouterait au paragraphe 16 pour contextualiser l'explication de l'exigence "d'assurer la plus grande concurrence possible" figurant à l'article 28-2 de la Loi type, d'autant que cette disposition constitue une application clef du principe de concurrence énoncé dans le Préambule); d'expliquer dans cette section du Guide et dans le commentaire de l'article 28 que dans les deux cas la Loi type encourage la concurrence la plus large et la plus rigoureuse convenant aux circonstances; et d'ajouter à la deuxième phrase du paragraphe 17 l'expression "entre autres", pour souligner qu'il ne s'agit que d'un seul exemple de promotion de la concurrence;

c) D'expliquer au paragraphe 20 les raisons historiques pour lesquelles il est fait référence au "traitement juste, égal et équitable" et de préciser que cette expression véhicule un concept générique.

17. Pour ce qui est du document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.3, le Groupe de travail est convenu:

a) (En référence à la note de bas de page 1) De supprimer les deux dernières phrases du paragraphe 8 et de traiter des questions liées aux groupes d'entités adjudicatrices dans une nouvelle section de la partie Remarques générales du Guide, qui serait intitulée "Coopération pour la passation de marchés internationaux" (et placée dans l'Introduction à la Loi type, avant ou après le passage sur le champ d'application de celle-ci); de traiter dans cette nouvelle section des groupements d'entités adjudicatrices qui pourraient se former non seulement dans un contexte

international mais aussi dans un contexte national; d'éviter d'employer le terme consortium, qui donne à penser qu'il s'agit de groupements de fournisseurs; d'attirer l'attention des États sur le fait que des questions telles que le choix de la loi et la loi applicable, le pouvoir d'administration, la responsabilité juridique et la représentation juridique, entre autres, devront être examinées pour qu'une telle coopération internationale puisse fonctionner; de renvoyer dans cette nouvelle section à l'article 3; d'éviter de déborder du champ d'application de la Loi type en soulignant au contraire que ses dispositions, y compris la définition de l'entité adjudicatrice, visent à permettre la passation de marchés par plusieurs entités adjudicatrices;

b) Pour ce qui est du paragraphe 29 et de la note de bas de page 2, de supprimer à la dernière phrase les mots "garantir l'exactitude"; d'insister sur les principales différences entre les deux paragraphes de l'article 5 de la Loi type plutôt que sur la distinction entre les termes "accessible" et "à la disposition de" (en soulignant qu'ils ont trait à la rapidité de la publication et à la nature et à l'auteur des informations à publier. À cet égard, les décisions ayant valeur de précédent et tombant donc sous le coup du paragraphe 2 de l'article 5 pourraient comprendre des publications émanant aussi bien de l'appareil judiciaire que de l'exécutif, et celui-ci n'aurait ni ne devrait avoir de contrôle sur les publications de l'appareil judiciaire).

18. Pour ce qui est du document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.4, le Groupe de travail est convenu:

a) (En référence à la note de bas de page 1) De supprimer du commentaire les références aux "systèmes d'information", expression jugée dépassée; de fournir aux paragraphes 2 et 3 du commentaire une nouvelle explication de l'exigence de l'article 7-4 de ne recourir qu'à des moyens de communication "couramment utilisés", en utilisant à cette fin les dispositions de fond de ces paragraphes;

b) Au paragraphe 6, de remplacer la formule "le système doit garantir" par la formule "le système devrait garantir" (pour souligner qu'il s'agit d'une question de bonne pratique plutôt que d'une exigence);

c) (En référence à la note de bas de page 2) De ne mentionner au paragraphe 12 que les mesures autorisées par les règlements en matière de passation des marchés ou d'autres textes législatifs, et de renvoyer aux passages du document A/CN.9/WG.I/WP.79 sur les avantages et coûts économiques négatifs à prendre en compte en réglementant les politiques socioéconomiques pouvant être poursuivies au moyen de la passation de marchés; et d'indiquer qu'en formulant ces politiques exceptionnelles, l'État doit aussi tenir compte des obligations que lui imposent les traités applicables et de toutes les conséquences, volontaires ou involontaires (il a été dit que d'autres questions, telles que la manière d'expliquer et de justifier d'éventuels effets discriminatoires, ainsi que certains points soulevés dans la note de bas de page 2, pourraient être examinées ultérieurement);

d) Au paragraphe 19, de supprimer les mots "et l'entité adjudicatrice ne doit donc y recourir qu'en cas de nécessité"; et de souligner que même si aucune règle ne limite le recours à la préqualification ou à la présélection en vertu de l'article 49 de la Loi type, la bonne pratique serait de ne recourir à aucun de ces deux outils s'il n'y a pas de raison de le faire;

e) (En référence aux Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme (A/HRC/17/31)) D'inclure au paragraphe 22 une référence générale aux normes relatives aux droits de l'homme à titre d'exemples pertinents d'autres normes que les États adoptants peuvent énumérer dans la législation ou énoncer dans les règlements en matière de passation des marchés en tant qu'exigence à l'aune de laquelle l'entité adjudicatrice évaluerait les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs;

f) (En référence aux notes de bas de page 3 et 4) D'expliquer dans le commentaire de l'article 9-8 a) à c) que le terme "substantiel" renvoie à un seuil; d'expliquer qu'il renvoie à des omissions ou à des erreurs qui pourraient compromettre l'intégrité de la concurrence dans les circonstances de la passation concernée; au paragraphe 30, de supprimer le membre de phrase "tout en accordant une souplesse en ce qui concerne les imprécisions d'importance mineure"; et de veiller à ce que l'examen du terme "substantiel" dans le commentaire de l'article 15-3 et l'explication de cette notion dans le commentaire de l'article 9-8 a) à c) concordent;

g) (En référence à la note de bas de page 5) D'ajouter au paragraphe 34 un renvoi au commentaire du chapitre VII sur les accords-cadres, précisant comment l'exigence d'une description détaillée fonctionnerait dans ces accords; et de supprimer la référence à l'appel d'offres en deux étapes;

h) (En référence à la note de bas de page 6) De ne pas ajouter au paragraphe 36 d'autres explications sur la manière dont les facteurs socioéconomiques doivent être traités dans les règles concernant la description;

i) De réviser le libellé du paragraphe 38 de manière à le rendre plus clair, en supprimant tous les passages inutiles;

j) (En référence à la note de bas de page 9) Au paragraphe 41, de supprimer la deuxième phrase et de reformuler les troisième et quatrième phrases comme suit: "La Loi type permet donc à l'entité adjudicatrice de sélectionner la soumission à retenir sur la base des critères qu'elle juge appropriés dans le contexte de la passation concernée. Les alinéas a) à c) du paragraphe 2 donnent des exemples de ces critères, compte tenu du fait que le paragraphe 5 impose le prix comme critère d'évaluation dans toutes les passations de marchés";

k) (En référence à la note de bas de page 10) D'ajouter au paragraphe 46 une référence aux dispositions de l'Accord révisé sur les marchés publics de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) portant sur les opérations de compensation et les programmes de préférence en matière de prix[2], disponibles comme mesures transitoires négociées pour les pays en développement, qui pourraient aider à mieux comprendre comment les concepts de fournisseurs "nationaux" et de "contenu local" sont appliqués dans la pratique;

l) (En référence à la note de bas de page 11) De réviser le paragraphe 46 pour le rendre plus facile à comprendre; de préciser qu'il y a diverses manières d'appliquer les marges de préférence dans la pratique; d'inclure des renvois à des informations accessibles publiquement (telles que celles figurant en annexe aux

---

[2] Document GPA/113 du 2 avril 2012, à la date du présent rapport, consultable à l'adresse: www.wto.org/french/docs_f/legal_f/gpr-94_01_f.htm.

Directives de la Banque mondiale sur la passation des marchés[3], sans toutefois indiquer qu'une approche particulière est préférée dans la Loi type ou dans le Guide; et d'appeler l'attention des États adoptants sur les risques de chevauchement involontaire de mesures ayant le même objectif, telles que les marges de préférence et les politiques d'évaluation socioéconomique favorisant les fournisseurs nationaux.

19. Pour ce qui est du document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.5, le Groupe de travail est convenu:

a) (En référence aux notes de bas de page 1 et 2) De supprimer les deuxième et dernière phrases du paragraphe 21; et de souligner dans ce paragraphe que l'article 16 impose de corriger les erreurs purement arithmétiques;

b) De supprimer les paragraphes 22 à 27 à l'exception i) des deux premières phrases du paragraphe 26, et ii) de la première phrase du paragraphe 27, portant respectivement sur les paragraphes 3 et 4 de l'article 16;

c) De faire porter les paragraphes 21 et suivants sur les dispositions de l'article 16 plutôt que sur d'autres dispositions de la Loi type telles que l'article 43-1 b) et le chapitre VIII (mais de soulever les questions pertinentes dans le commentaire de ces parties de la Loi type); d'analyser les dispositions de l'article et leur application à différents types et méthodes de passation de marchés (par exemple, l'appel d'offres et d'autres méthodes); de traiter de diverses catégories d'erreurs (celles des fournisseurs, celles des entités adjudicatrices et les omissions); de renvoyer aux dispositions pertinentes de l'Accord sur les marchés publics (AMP) de l'OMC pour faciliter la compréhension; d'éclaircir le lien entre les articles 16 et 43-1 b) de la Loi type; et d'appeler l'attention des États sur le fait que la Loi type et le Guide ne prétendent pas régler de manière exhaustive toutes les questions liées aux éclaircissements, erreurs, omissions et corrections, et que certaines de ces questions pourraient être régies par le droit des contrats;

d) De traiter les questions soulevées aux notes de bas de page 3 et 4 dans le contexte du commentaire de l'article 43-1 b) (voir également le paragraphe 22 ci-après);

e) (En référence à la note de bas de page 6) De conserver en l'état le commentaire de l'article 17, sans y ajouter de référence à la forme des garanties de soumission (électronique, sur papier, etc.) comme le suggérait la note de bas de page;

f) De reformuler la première phrase du paragraphe 30 en utilisant un libellé plus neutre, en évitant en particulier de donner à penser que des garanties de soumission sont nécessaires ou recommandées pour certains types de passation de marchés;

g) (En référence à la note de bas de page 7) De revoir la quatrième phrase du paragraphe 30 de manière à préciser que dans le contexte d'un accord-cadre, une garantie de soumission devrait être considérée comme une mesure exceptionnelle et pourrait être déconseillée, et de noter qu'en tout état de cause, il peut ne pas être

---

[3] Disponible à la date du présent rapport à l'adresse: http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/PROJECTS/PROCUREMENT/0,,contentMDK:20060840~pagePK:84269~piPK:60001558~theSitePK:84266,00.html.

possible d'obtenir une telle garantie dans le contexte des accords-cadres, en raison de leur nature;

h) De réécrire le paragraphe 33 de manière à préciser que la loi ne devrait pas faire de différence entre les garanties de soumission sur la base de l'émetteur et d'expliquer les raisons pratiques pour lesquelles la Loi type comprend des dispositions sur la confirmation que l'émetteur proposé remplit bien les conditions requises (par exemple, faire face aux difficultés de réaliser une garantie émise à l'étranger et à l'incertitude concernant la solvabilité d'émetteurs étrangers);

i) (En référence à la note de bas de page 8) D'ajouter à la fin du paragraphe 34 une phrase apportant une réponse aux questions soulevées dans la note de bas de page;

j) (En référence à la note de bas de page 9) De fournir pour l'article 17 un commentaire équilibré sur les avantages et inconvénients des garanties de soumission, en particulier pour ce qui est de la participation des petites et moyennes entreprises (PME) (par exemple, dans certains pays, les garanties de soumission peuvent faciliter la participation des PME aux marchés publics en éliminant les craintes de l'entité adjudicatrice concernant leurs qualifications et leurs capacités; dans d'autres pays, le coût d'une telle garantie risque de décourager la participation des PME); d'examiner les cas où les garanties de soumission pourraient être considérées comme une garantie excessive par l'entité adjudicatrice et, à l'inverse, ceux où elles pourraient se justifier; et de noter que l'entité adjudicatrice devrait examiner pour chaque passation de marché les coûts et les avantages liés à l'exigence d'une telle garantie, plutôt que d'en exiger une systématiquement;

k) (En référence à la note de bas de page 10) De ne pas ajouter de commentaire au paragraphe 37 visant à décourager le recours à la préqualification dans l'appel d'offres ouvert;

l) De reformuler le paragraphe 42 et d'autres dispositions pertinentes du Guide de manière à indiquer que celui-ci ne contiendra pas de glossaire mais qu'un glossaire sera publié séparément (voir paragraphe 36 ci-après);

m) (En référence à la note de bas de page 12) De ne pas modifier le paragraphe 43;

n) (En référence à la note de bas de page 13) De supprimer les deux dernières phrases du paragraphe 50 et de faire référence aux "motifs" des décisions, plutôt qu'à des "justifications", dans l'ensemble du Guide.

20. Pour ce qui est du document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.6, le Groupe de travail est convenu:

a) (En référence à la note de bas de page 1) De supprimer la dernière phrase du paragraphe 3, comme le suggère la note de bas de page;

b) (En référence à la note de bas de page 2) De reformuler les paragraphes 6 et 7 de manière à éviter de mentionner l'évaluation des coûts et à souligner que les procédures prévues dans cet article visent à déterminer le prix et non les coûts de base; à cet égard, d'envisager de supprimer les trois dernières phrases du paragraphe 7 du commentaire;

c) De souligner aux paragraphes 6 et 7 que les dispositions de l'article permettent à l'entité adjudicatrice d'examiner les soumissions anormalement basses si elle doute de la capacité du fournisseur ou de l'entrepreneur les ayant présentées, d'exécuter le marché;

d) (En référence à la note de bas de page 3) De reformuler la dernière phrase du paragraphe 9 pour indiquer aux États adoptants qu'ils voudront peut-être prévoir, dans leur législation sur la passation des marchés, que l'entité adjudicatrice doit rejeter une soumission anormalement basse, ou conserver une certaine souplesse à cet égard, comme le fait la Loi type, compte tenu en particulier du fait que l'évaluation du risque lié à l'exécution est très subjective;

e) D'actualiser le commentaire sur l'article 20 de la Loi type pour tenir compte des modifications apportées à cet article à la quarante-quatrième session de la Commission;

f) (En référence à la note de bas de page 4) D'ajouter au commentaire sur l'article 21 une référence à la pratique qu'ont certains pays de définir ce qui constituerait une incitation en référence à un seuil donné;

g) (En référence à la note de bas de page 5) De ne pas ajouter de commentaire supplémentaire au paragraphe 16, comme le suggère la note de bas de page;

h) (En référence à la note de bas de page 6) De supprimer l'exemple figurant au paragraphe 18; d'appeler l'attention des États adoptants sur le fait qu'un avantage concurrentiel injuste est un concept non circonscrit et difficile à définir (faisant intervenir des questions d'équité, de législation antimonopoles et de situation du marché); de noter en particulier que la portée des définitions pertinentes existantes varie (par exemple, une situation où un fournisseur recourt aux services d'un ancien responsable de la passation de marchés ayant une connaissance experte des procédures et des structures organisationnelles, pourrait être considérée comme présentant un conflit d'intérêts, un avantage concurrentiel injuste ou les deux, selon les définitions appliquées); à cet égard, de noter qu'un avantage concurrentiel injuste peut découler d'un conflit d'intérêts mais qu'il s'agit de deux concepts distincts; d'ajouter que l'avantage concurrentiel injuste se caractérise essentiellement par le fait qu'un fournisseur détient des informations auxquelles les autres fournisseurs n'ont pas eu accès, ou que certains fournisseurs pourraient avoir été traités injustement par l'entité adjudicatrice (par exemple, si un seuil ou un cahier des charges peuvent avoir été établis de manière à favoriser un fournisseur donné); d'expliquer dans ce paragraphe que s'il existe des définitions juridiques pertinentes des concepts concernés dans l'État adoptant, elles devraient être diffusées comme faisant partie des textes juridiques régissant la passation de marchés; de préciser qu'en l'absence d'une telle définition, il convient de donner des exemples de ce qui constitue ou ne constitue pas une pratique visée par cet article (par exemple, dans la plupart des cas, un fournisseur ayant été sollicité par l'entité adjudicatrice pour élaborer les spécifications en vue d'une passation de marché ne devrait pas pouvoir intervenir ensuite comme consultant dans la procédure concernée mais, dans les marchés très concentrés, une certaine souplesse pourrait être nécessaire pour permettre la concurrence et éviter une situation de monopole);

i) (En référence à la note de bas de page 7) De ne pas ajouter au paragraphe 20 de référence au dialogue entre l'entité adjudicatrice et le fournisseur ou entrepreneur concerné dans les situations évoquées dans la note de bas de page;

j) D'écrire à la première phrase du paragraphe 20 "fournisseur concerné" plutôt que "coupable présumé";

k) (En référence à la note de bas de page 8) D'expliquer au paragraphe 35 qu'aucun délai d'attente ne s'applique dans le cas des accords-cadres sans mise en concurrence lors de la deuxième étape parce que l'attribution de marchés en vertu de ce type d'accords est censée se faire directement (puisqu'il a été convenu de l'ensemble des conditions lors de l'attribution de l'accord-cadre);

l) (En référence à la note de bas de page 9) De conserver l'exemple figurant au paragraphe 53; et de réécrire la deuxième phrase comme suit: "Les intérêts de la sécurité de l'État adoptant peuvent dépasser le cadre de la défense nationale et s'étendre à la protection de la santé et du bien-être des citoyens de cet État, par exemple...".

21. Aucune modification n'a été apportée au document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.7.

22. Pour ce qui est du document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.8, le Groupe de travail est convenu:

a) (En référence aux notes de bas de page 1 et 2) De ne pas ajouter de texte aux paragraphes 19 et 40, comme il est suggéré aux notes de bas de page 1 et 2, et de supprimer l'exemple figurant au paragraphe 19, jugé inutile;

b) De préciser au paragraphe 40 que l'entité adjudicatrice est autorisée à prendre ces mesures aux fins d'évaluer les offres; et de veiller, en ce qui concerne la terminologie, à ce que le commentaire suive de près le libellé de la Loi type;

c) D'actualiser le commentaire de l'article 43 en tenant compte des modifications apportées à cet article à la quarante-quatrième session de la Commission;

d) D'aligner plus étroitement la dernière phrase du paragraphe 41 sur le libellé de l'article 43-1 b) (en ce qui concerne l'expression "dans la mesure du possible");

e) (En référence à la note de bas de page 3) D'adapter au paragraphe 41 l'explication de la notion de substantialité et de son incidence sur l'intégrité de la concurrence, qui se trouve dans le commentaire sur l'article 9 (voir par. 18 f) ci-dessus), de manière à expliquer les écarts mineurs visés à l'article 43-1 b); d'aligner généralement le texte du paragraphe 41 sur celui du paragraphe 43-1 b); d'ajouter un renvoi au commentaire de l'article 16 concernant les erreurs; de veiller à la cohérence de l'examen des notions connexes dans l'ensemble du Guide (articles 9-8 b) et 15-3 en ce qui concerne les informations comportant des erreurs ou omissions substantielles, article 16 en ce qui concerne les corrections et les modifications de fond et article 43 en ce qui concerne les écarts mineurs, les modifications ou écarts substantiels et les corrections apportées aux offres quant au fond).

23. Pour ce qui est du document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.9, le Groupe de travail est convenu:

a) (En référence à la question de l'objectivité de la sélection, soulevée au paragraphe 3 e) du document A/CN.9/WG.I/WP.79) D'ajouter au début du paragraphe 20 que la sélection par roulement pourrait également être une méthode pertinente de sélection des fournisseurs; de préciser le sens de l'expression "une non-sélection en soi" utilisée dans ce paragraphe; de procéder de même aux paragraphes 30 et 59;

b) De supprimer l'avant-dernière phrase du paragraphe 53;

c) (En référence à la note de bas de page 1) D'ajouter au paragraphe 56 la première phrase de la note de bas de page et de clarifier l'ensemble du paragraphe.

24. Pour ce qui est du document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.10, le Groupe de travail est convenu:

a) De noter au paragraphe 11 que certains participants hésitent à recourir à cette méthode en raison de risques élevés de corruption et qu'il convient de mettre en place des cadres institutionnels et des garanties afin d'en assurer l'utilisation correcte;

b) (En référence à la note de bas de page 1) De préciser que les problèmes de capacité évoqués au paragraphe 17 concernent l'ensemble des méthodes de passation de marchés visées au chapitre V, comme il est suggéré dans la note de bas de page; et de supprimer la dernière phrase de ce paragraphe;

c) (En référence à la note de bas de page 2) De supprimer au paragraphe 18 la référence aux fournisseurs privilégiés; de mentionner que la présence d'un observateur indépendant pendant la procédure pourrait être un moyen supplémentaire de prévenir la corruption et les abus, en particulier lorsque la procédure met en jeu des questions sensibles ou porte sur des marchés très concurrentiels, sans toutefois lui conférer un pouvoir particulier; d'établir une distinction entre ces observateurs et les auditeurs ou autres agents de contrôle examinant la procédure après l'attribution du marché; et de souligner dans ce contexte les considérations de confidentialité et le fait que les observateurs devraient être extérieurs à la structure de l'entité adjudicatrice.

25. En ce qui concerne le document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.11, le Groupe de travail est convenu, en référence à la note de bas de page 2, d'ajouter la première phrase de cette note au paragraphe 20 et de n'y ajouter aucun des autres points soulevés dans cette note.

26. En ce qui concerne le document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.12, le Groupe de travail est convenu de reformuler le paragraphe 3 (là où il est question des pratiques des banques multilatérales de développement) suivant un commentaire similaire figurant au paragraphe 53 du document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.9, de manière à souligner que cette méthode est traditionnellement utilisée pour la passation de marchés de services consultatifs et à éviter de donner l'impression que les banques multilatérales de développement recommandent ou exigent qu'il soit recouru à cette méthode.

27. Pour ce qui est du document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.13, le Groupe de travail est convenu:

a) (En référence à la note de bas de page 2) De remplacer à la première phrase du paragraphe 12 le mot “autoriser” par le mot “exiger”, et d’inclure dans ce paragraphe un examen des inconvénients potentiels et des avantages limités qu’il y a à exiger des garanties de soumission dans les enchères électroniques inversées, notamment lorsqu’il s’agit d’enchères complexes ou d’étape dans d’autres méthodes de passation; d’ajouter un renvoi à l’examen général du commentaire de l’article 17; d’ajouter que, pris ensemble, les enchérisseurs participants et le type de marché se prêtant aux enchères électroniques inversées offraient une certaine sécurité à l’entité adjudicatrice; et d’encourager dans le commentaire l’entité adjudicatrice à recourir à d’autres mesures pour appliquer la discipline voulue;

b) (En référence à la note de bas de page 3) D’inclure au paragraphe 35 un renvoi au commentaire de la section A du document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.9 sur la nécessité d’assurer l’objectivité dans la sollicitation directe, mais de ne pas y résumer ce commentaire, et d’harmoniser les exemples de méthodes pouvant être utilisées à cette fin.

28. Pour ce qui est du document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.14, le Groupe de travail est convenu:

a) (En référence à la note de bas de page 1) De supprimer la dernière phrase du paragraphe 8 et d’apporter au reste du paragraphe toute modification rendue nécessaire par cette suppression;

b) (En référence à la note de bas de page 2) De supprimer le texte entre crochets au paragraphe 9;

c) (En référence à la note de bas de page 3) De supprimer le paragraphe 19 et d’ajouter à la fin du paragraphe 18 une phrase expliquant les conséquences de la suspension et les différences entre suspendre l’enchère et y mettre fin;

d) (En référence à la note de bas de page 4) De conserver en l’état le texte du commentaire des paragraphes 20 et suivants, sans y traiter des points supplémentaires mentionnés dans la note de bas de page.

29. Pour ce qui est du document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.15, le Groupe de travail est convenu:

a) De préciser dans le commentaire de l’article 62-4 a) ii) qu’il pourrait exceptionnellement se produire qu’un seul fournisseur soit capable de répondre aux besoins de l’entité adjudicatrice, auquel cas il n’y aurait pas de mise en concurrence lors de la deuxième étape;

b) De veiller à la concordance des différentes versions linguistiques du paragraphe 8;

c) De préciser au paragraphe 8 c) à quoi fait référence l’expression “ou celle qui en tient lieu”, par exemple, en remplaçant le membre de phrase “la soumission la plus avantageuse ou la soumission au prix le plus bas, ou celle qui en tient lieu” par une expression telle que “la soumission à retenir”;

d) De réviser la deuxième phrase du paragraphe 30 et de souligner que la notion de durée maximale vise en particulier à éviter des prorogations répétitives

d'accords-cadres fermés, et qu'une durée maximale est censée englober la durée initiale et toute prorogation, à l'exclusion de celles pouvant découler de la suspension de l'application d'un accord-cadre;

e) D'inclure dans l'introduction sur les accords-cadres un commentaire sur la manière dont les dispositions du chapitre VII de la Loi type pourraient être appliquées pour réduire les risques de création d'oligopoles; et d'inclure un renvoi au commentaire de la section Remarques générales du Guide sur la coordination qu'il convient d'assurer entre les autorités chargées de la concurrence et de la passation des marchés dans les États adoptants.

30. En ce qui concerne le document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.16, le Groupe de travail est convenu:

a) (En référence au commentaire de l'article 58) De veiller à ce que le texte indique clairement que le commentaire porte sur la première étape de la procédure de passation de marché, c'est-à-dire l'attribution de l'accord-cadre, et non sur l'attribution des marchés qui en découlent, et de faire en sorte que cette distinction soit respectée tout au long du commentaire sur les dispositions de la Loi type concernant les accords-cadres;

b) (En référence à la note de bas de page 1) De supprimer la première partie de l'avant-dernière phrase du paragraphe 3, afin d'éviter toute confusion entre les motifs justifiant l'attribution d'accords-cadres (tels que la sécurité d'approvisionnement) et celui justifiant le choix de méthodes de passation fondées sur le dialogue (la nécessité de gérer des passations de marchés complexes); d'inclure des exemples fournis au Groupe de travail concernant l'attribution d'accords-cadres au moyen d'approches fondées sur le dialogue, comme pour l'acquisition de matériel satellitaire et de dispositifs de communication spécialisés destinés aux services de détection et de répression; et de remplacer la dernière phrase du paragraphe 3 par un renvoi à l'examen approfondi des questions soulevées dans cette phrase qui figure dans le document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.15;

c) De supprimer la deuxième phrase du paragraphe 8 et de modifier en conséquence l'ensemble du paragraphe; de remplacer dans la dernière phrase du paragraphe les mots "il faut indiquer" par les mots "on peut indiquer", étant donné que des estimations ne seront pas toujours disponibles au début de la procédure de passation; et d'expliquer que cette mesure vise à communiquer aux fournisseurs des renseignements aussi précis que possible afin qu'ils proposent leurs meilleures offres;

d) (En référence à la note de bas de page 2) D'ajouter au début du paragraphe 10 un commentaire invitant les entités adjudicatrices à déterminer au début de la procédure s'il convient ou non de fixer un nombre minimum de parties à l'accord-cadre; afin de mettre en balance le besoin de certitude lorsqu'un nombre minimum est imposé et les exigences opérationnelles de l'entité adjudicatrice, de réviser la dernière phrase en indiquant que si l'entité adjudicatrice envisage la possibilité qu'un nombre minimum de parties fixé ne soit pas atteint, elle devrait préciser dans le dossier de sollicitation les mesures qu'elle prendrait, ces mesures pouvant notamment être de conclure l'accord avec un plus petit nombre de fournisseurs ou l'abandon de la passation de marché;

e) (En référence à la note de bas de page 3) De ne pas ajouter au paragraphe 18 le texte suggéré dans la note de bas de page, et de supprimer les mots “minimum ou” à la dernière phrase du paragraphe;

(f) (En référence à la note de bas de page 4) De ne pas ajouter au paragraphe 35 le texte suggéré dans la note de bas de page; de déplacer l’examen de modifications autres que celles portant sur les coefficients de pondération des critères d’évaluation dans le commentaire de l’article 63, qui traite des modifications pendant la durée d’application de l’accord-cadre; de traiter séparément les questions que soulèvent l’article 63 et l’article 59-1 d) iii), puisque le premier semble laisser en général plus de souplesse que le second pour ce qui est d’apporter aux accords-cadres des modifications concernant les coefficients de pondération des critères d’évaluation.

31. S’agissant du document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.17, le Groupe de travail est convenu:

a) (En référence à la note de bas de page 1) D’ajouter au commentaire de l’article 60 un examen des catalogues électroniques, comme le suggère la note de bas de page (cet examen pourrait porter notamment sur les questions suivantes: si les catalogues électroniques seraient utilisés dans les accords-cadres ouverts et fermés, ou seulement les accords-cadres ouverts, comment ils seraient utilisés en tant que soumissions initiales ou indicatives, qui devrait en gérer le contenu (un tiers prestataire de services, l’entité adjudicatrice ou un fournisseur), comment les modifications des soumissions initiales ou indicatives seraient traitées, comment la deuxième étape de la procédure se déroulerait, et combien de temps durerait l’arrangement);

b) (En référence à la note de bas de page 2) De simplifier la première phrase du paragraphe 5 de manière à mentionner toutes les entités adjudicatrices qui pourraient utiliser un accord-cadre, en notant qu’il incombe à l’entité adjudicatrice de décider comment les dispositions sur la transparence visées à l’article 60-3 a) sont appliquées, en retenant l’approche convenant le mieux aux circonstances (par exemple, un site Web contenant les noms et adresses pertinents); s’il y a une centrale d’achats, celle-ci pourrait être autorisée à passer les marchés concernés en son nom propre (en qualité d’instance principale) et donc sans devoir publier d’informations sur les entités adjudicatrices faisant appel à ses services; cependant, si la centrale d’achats agit en qualité d’agent, ces informations devraient être publiées;

c) (En référence à la note de bas de page 3) D’inclure au paragraphe 7 un renvoi au commentaire de la section A du document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.9 sur la nécessité d’assurer l’objectivité dans la sollicitation directe mais de ne pas y résumer ce commentaire, et d’harmoniser les exemples de méthodes pouvant être utilisées à cette fin;

d) D’expliquer aux paragraphes 7 et 8 que la Loi type n’exige pas l’évaluation des soumissions indicatives (même si leur examen est exigé) mais que l’entité adjudicatrice peut procéder à une telle évaluation si elle le souhaite; de supprimer au paragraphe 8 la deuxième partie de la deuxième phrase, commençant par “de sorte que les soumissions initiales…”; et de veiller à la cohérence entre les différentes versions linguistiques;

e) (En référence à la note de bas de page 4) De ne pas ajouter au paragraphe 21 de référence à une publication sur papier, comme il est suggéré dans la note de bas de page;

f) De réviser l'avant-dernière phrase du paragraphe 21 pour rendre compte de l'exigence de la Loi type selon laquelle toutes les entités adjudicatrices qui pourraient avoir recours à un accord-cadre doivent figurer dans l'invitation à devenir partie à l'accord-cadre ouvert (article 60-3 a)), en introduisant un renvoi au paragraphe pertinent du Guide (voir paragraphe 31 b) ci-dessus), tout en notant que cette exigence ne concerne pas les fournisseurs parties à l'accord-cadre; d'analyser néanmoins les dispositions de l'article 23-1 dans le contexte des accords-cadres ouverts;

g) (En référence à la note de bas de page 5) D'aligner le commentaire du paragraphe 26 sur l'examen du délai d'attente dans les accords-cadres en vertu de l'article 22 (voir paragraphe 20 k) ci-dessus);

h) Au paragraphe 36, de remplacer à la première phrase les mots "sera généralement formulée" par les mots "peut être formulée", et d'ajouter les mots ", selon qu'il conviendra," après "et comprendra".

32. S'agissant du document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.18, le Groupe de travail est convenu:

a) (En référence à la note de bas de page 1) De ne pas ajouter aux paragraphes 29 à 32 de commentaire sur les différentes manières de suspendre une procédure devant une entité adjudicatrice ou une instance indépendante;

b) De clarifier le libellé des paragraphes 14, 23 et 30, en particulier en renvoyant à la fin du paragraphe 23 aux litiges postérieurs à l'entrée en vigueur d'un marché et en alignant le texte du paragraphe 30 concernant la perte d'argent sur le texte pertinent du paragraphe 32 du document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.18 ("de continuer de suivre une voie non conforme au risque de provoquer une perte de temps et probablement d'argent").

33. Pour ce qui est du document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.19, le Groupe de travail est convenu:

a) (En référence à la note de bas de page 1) De décrire dans le Guide diverses options disponibles dans la Loi type en ce qui concerne la succession des demandes et des appels et d'expliquer quelle option donne lieu à quelle mesure (l'article XVIII du texte révisé de l'AMP de l'OMC a été mentionné à cet égard);

b) De préciser à la fin du paragraphe 29, en référence aux paragraphes 4, 5 et 7 de l'article 66, que même si l'entité adjudicatrice n'est plus compétente pour connaître de la demande dès lors qu'une demande ultérieure est formée devant une instance indépendante, elle peut continuer de prendre des mesures correctives dans la procédure de passation de marché concernée, pour autant que ces mesures n'aillent pas à l'encontre d'une décision de l'instance indépendante ni d'autres dispositions de la législation nationale; et d'expliquer que si la demande formée devant une instance indépendante est d'une portée limitée, les incidences de cette demande sur celle déjà formée devant l'entité adjudicatrice relèveront de la législation nationale;

c) (En référence à la note de bas de page 3) D'expliquer au paragraphe 41 que le paragraphe 2 c) de l'article 67 donne à l'État adoptant la possibilité d'autoriser l'instance indépendante à connaître de la contestation d'une décision d'abandonner la passation de marché si des considérations d'intérêt général le justifient et que, dans certains pays, ce type de contestation est limité aux demandes formées devant un tribunal, précisément parce que les problèmes soulevés auront probablement trait à des questions d'intérêt général; de noter que si l'État adoptant confère ce droit à l'instance indépendante, il convient de conserver le texte entre crochets renvoyant à la décision d'abandonner la passation visée aux paragraphes 2 b) ii) et 2 c) de l'article 67;

d) (En référence à la note de bas de page 4) D'expliquer au paragraphe 59 que la raison de prévoir aux paragraphes 9 c) à f) de l'article 67 la possibilité d'autoriser l'instance indépendante à connaître de litiges survenus après l'entrée en vigueur du marché est que cela permet aux États adoptants de tenir compte de leur tradition juridique de compétence en la matière; compte tenu des nombreux passages entre crochets dans cette partie du texte, d'expliquer la présence des crochets pour chacun de ces passages (notamment que dans certains pays, les mesures décrites dans les passages entre crochets pourraient être réservées aux demandes formées devant un tribunal); et de renvoyer à l'explication du Guide sur l'utilisation générale des crochets dans la Loi type;

e) (En référence à la note de bas de page 5) De conserver en l'état le paragraphe 61, en y précisant toutefois que les questions de quantification relèvent du droit national applicable mais que les règlements pourraient aussi traiter de questions propres au contexte de la passation de marchés;

f) (En référence à la note de bas de page 6) De noter que l'"autorité publique" visée au paragraphe 65 comprend les entités habilitées à appliquer ou à utiliser un accord-cadre, comme le suggère la note de bas de page, sous réserve de l'exigence figurant à l'article 68-1 selon laquelle ces entités doivent avoir un intérêt dans la procédure de contestation au moment de la demande; d'inclure un renvoi au commentaire du chapitre VII sur les utilisateurs des accords-cadres; et d'ajouter que la partie à l'accord-cadre dont les intérêts seraient ou pourraient être affectés par la procédure de contestation serait très probablement l'entité adjudicatrice principale plutôt que d'autres entités adjudicatrices parties à l'accord-cadre à l'ouverture de la procédure de passation;

g) D'indiquer dans l'ensemble du commentaire du chapitre à quelles dispositions de la Loi type le commentaire du Guide se rapporte;

h) De réviser le commentaire sur les dispositions du chapitre VIII en tenant compte des modifications apportées à la quarante-quatrième session de la Commission.

34. Le Groupe de travail a prié le Secrétariat de veiller à l'harmonisation de la terminologie utilisée dans l'ensemble du Guide (par exemple, en ce qui concerne les "services de consultants" et les "services consultatifs"); et de remplacer les passages directifs du Guide par un examen des principales questions qui se posent et possibilités de les résoudre.

## B. Conclusions

35. Le Groupe de travail a recommandé que la Commission adopte quant au fond les sections du Guide examinées ci-dessus et présentées dans le document A/CN.9/WG.I/WP.79 et ses additifs, avec les modifications proposées et consignées dans le présent rapport. Il a noté que la Commission n'examinerait plus le texte même de la Loi type, puisqu'elle l'avait adopté à sa quarante-quatrième session.

36. Il a également été noté qu'un chapitre du Guide portant sur les révisions du texte de 1994 serait disponible pour la quarante-cinquième session de la Commission (New York, 25 juin-6 juillet 2012). Le Secrétariat a été prié de garder à l'esprit, en rédigeant ce chapitre, que la décision de la Commission et la résolution de l'Assemblée générale portant adoption de la Loi type encourageaient les États adoptants à utiliser la Loi type de 2011 mais que certains États pourraient choisir d'apporter des modifications plus limitées à leur législation, en s'inspirant notamment du commentaire sur les révisions de la Loi type de 1994 figurant dans ce chapitre. Le Groupe de travail a noté également que le Guide ne comporterait pas de glossaire mais que le Secrétariat en établirait un en temps voulu; il était prévu que le glossaire et tout autre document destiné à faciliter l'incorporation et l'utilisation de la Loi type seraient examinés régulièrement et que si des modifications se justifiaient, elles seraient présentées à la Commission pour examen de temps à autre.

37. Un représentant de l'OMC a présenté au Groupe de travail l'Accord révisé sur les marchés publics de l'Organisation, ainsi qu'un résumé des grands principes et principales dispositions de ce texte.

# V. Questions diverses: travaux futurs dans le domaine des marchés publics

38. Le Groupe de travail a rappelé les débats tenus à la quarante-quatrième session de la Commission sur les mesures à prendre pour assurer un suivi régulier des changements intervenant dans le domaine de la passation des marchés publics (A/66/17, par. 186 et 187). On a souligné que l'évolution de questions telles que les achats publics responsables, l'utilisation de normes environnementales et les règles d'origine pourrait avoir une influence non négligeable sur l'utilisation de la Loi type.

39. Le Groupe de travail a examiné des domaines et des sujets qui pourraient faire l'objet de travaux futurs à la lumière du mandat de la Commission. Il était entendu qu'il appartenait à la Commission de décider sur quels domaines de travail et quels sujets elle devrait se pencher et de hiérarchiser ceux-ci, mais les délégations se sont accordées à trouver nécessaires les travaux sur l'harmonisation des dispositions régissant les aspects liés à la passation de marchés publics des instruments de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé[4] avec celles de la Loi type. Il a été dit que, dans le cadre de ces travaux, le Groupe de travail pourrait: i) consolider les instruments de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé; ii) recenser dans ces instruments d'autres thèmes qui devaient

---

[4] Disponible à la date du présent rapport à l'adresse www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/procurement_infrastructure.html.

être traités (tels que les concessions de ressources naturelles parfois octroyées à titre de remboursement ou de compensation pour le développement d'infrastructures privées, le contrôle, la promotion d'un premier recours à des mesures nationales de règlement des différends plutôt qu'à des organes internationaux, et la définition de l'intérêt public aux fins de telles opérations); iii) recommander à la Commission d'élargir le champ d'application de ces instruments à des formes de partenariats public-privé non couvertes à l'heure actuelle; iv) recommander à la Commission qu'elle élabore éventuellement une loi type dans ce domaine; ou v) recommander à la Commission de se pencher sur des aspects de la passation des marchés publics non traités dans la Loi type, notamment la phase de la procédure de passation concernant l'administration des marchés, la suspension et l'exclusion, les règles sur le respect des dispositions par les entreprises, et les questions susmentionnées concernant l'achat public responsable et l'environnement. À cet égard, il a été souligné que le Guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé examinait plusieurs questions importantes qui ne figuraient ni dans les recommandations du présent Guide ni dans les dispositions législatives types en matière de projets d'infrastructure à financement privé.

40. Il a été considéré que le mandat qui serait confié au Groupe de travail devrait être assez précisément circonscrit, en particulier s'il était décidé qu'il convenait d'entreprendre des travaux dans le domaine des partenariats public-privé, jugé vaste. Par exemple, des travaux sur les concessions pourraient être jugés réalisables, étant donné la portée restreinte de ce sujet par rapport à celle des partenariats public-privé en général, l'utilisation très répandue des concessions et le fait que la CNUDCI pourrait bénéficier de travaux déjà effectués en la matière au niveau régional.

41. On a évoqué la possibilité de convoquer un colloque sur la passation des marchés publics et d'autres domaines connexes, ce qui permettrait de recenser les sujets et questions associés à chacun des thèmes de travaux futurs de la CNUDCI et de préciser la portée de ces travaux futurs.

## B. Note du Secrétariat concernant le Guide révisé pour l'incorporation qui accompagnera la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa vingt et unième session (A/CN.9/WG.I/WP.79 et Add.1 à 19)

**[Original: anglais]**

La présente note contient une proposition de projet de guide révisé pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics et des remarques générales comprenant une introduction et un examen des considérations de politique générale relatives au projet de guide révisé pour l'incorporation.

# I. Proposition de projet de guide pour l'incorporation qui accompagnera la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics

1. À sa quarante-quatrième session, en 2011, la Commission a adopté la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics et demandé qu'un Guide pour l'incorporation de ce texte dans le droit interne lui soit présenté à sa quarante-cinquième session (A/66/17, par. 180 à 184).

2. Les propositions figurant dans la présente note et ses additifs sont présentées au Groupe de travail afin de faciliter la production de ce guide.

3. Les questions auxquelles le Groupe de travail voudra peut-être porter une attention particulière sont posées dans les notes de bas de page accompagnant le texte de ces documents, notamment:

a) La question des erreurs et omissions dans les offres et autres soumissions, qui n'est pas traitée expressément dans la Loi type, et se pose à l'article 16 (voir notes 1 à 4, document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.5) et aux articles 39 et 40 (voir notes 1 et 3, document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.8);

b) Les questions liées aux garanties de soumission en général dans le cadre de l'article 17, posées aux notes 6, 7 et 9 du document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.5;

c) Les questions liées aux garanties de soumission dans le contexte des enchères électroniques inversées, dans l'introduction du chapitre VI (voir note 2, document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.13) et en ce qui concerne l'article 55 (voir note 2, document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.14);

d) La question de l'explication à donner dans le commentaire de l'article 20-1 concernant la raison pour laquelle une soumission anormalement basse peut être rejetée mais ne doit pas absolument l'être, posée à la note 3 du document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.6;

e) Les questions que soulève l'objectivité de la sélection des fournisseurs pour ce qui est de l'appel d'offres restreint, dans le second cas visé à l'article 34-1, et de la sollicitation directe, dans le cas des méthodes de demande de propositions

visées à l'article 35-2, dont il est question également dans l'introduction du chapitre IV sur les méthodes de passation (voir par. 20, 30 et 59, document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.9);

f) La question de savoir si une entité adjudicatrice peut attribuer un marché sur la base de l'examen ou de l'évaluation préalable des offres en vertu de l'article 55, posée à la note 1 du document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.14;

g) La question de savoir si les accords-cadres devraient être autorisés ou déconseillés dans le cas des demandes de proposition et autres méthodes similaires de passation de marchés, par exemple dans le cas de la demande de proposition avec dialogue dans l'introduction du chapitre VII, question posée à la note 1 du document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.16;

h) La question de savoir s'il conviendrait d'examiner l'utilisation de catalogues électroniques, par exemple dans le cas des accords-cadres ouverts visés à l'article 60, posée à la note 1 du document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.17;

i) La question de l'explication à donner dans le Guide concernant la raison pour laquelle un délai d'attente n'est pas nécessaire dans le cas d'un accord-cadre sans mise en concurrence lors de la deuxième étape, posée à la note 5 du document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.17;

j) La question de l'explication à donner dans l'introduction du chapitre VIII concernant les différentes solutions retenues pour la suspension des mécanismes de recours (en particulier dans le cas de la demande de reconsidération auprès de l'entité adjudicatrice et de la demande en révision auprès d'une instance indépendante), posée à la note 1 du document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.18; et

k) La question de l'explication à donner dans le commentaire de l'article 67-2) b) ii) sur la possibilité donnée à l'État adoptant de conférer à un organe indépendant la compétence d'examiner les recours contre les décisions d'abandon de la passation ou de restreindre ces questions aux recours portés devant un tribunal, question posée à la note 3 du document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.19; et celle de l'explication de la raison pour laquelle les dispositions permettant à un organe indépendant d'accorder des recours après un marché sont facultatives en vertu de l'article 67, posée à la note 4 du document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.19.

# II. Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics

## Première partie. Remarques générales[1]

### A. Introduction

4. La présente section du Guide contient des remarques générales divisées en deux parties. La première partie, contenant des considérations générales sur

---

[1] Note à l'intention du Groupe de travail: Les titres et sous-titres du Guide seront révisés en collaboration avec les services pertinents de l'ONU afin de faciliter la compréhension du lecteur.

l'incorporation des dispositions de la Loi type dans le droit interne, s'adresse principalement aux décideurs, en ce qu'elle décrit également le contexte de la Loi type, ses principales caractéristiques et la manière dont elle s'inscrit dans un système de passation des marchés. La deuxième partie, contenant des observations générales sur l'application de la Loi type, s'adresse principalement aux organismes de réglementation et à ceux qui fournissent des indications aux utilisateurs (par exemple un organisme chargé des marchés publics). Ces remarques générales sont suivies d'un commentaire sur chacun des chapitres de la Loi type et des articles de ces chapitres.

## B. Objet du Guide

### 1. Introduction

5. La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (la CNUDCI ou la Commission) a établi le présent Guide pour l'incorporation dans le droit interne de sa Loi type de 2011 sur la passation des marchés publics (la Loi type) afin de fournir des informations et des explications sur les considérations de politique générale qui ont présidé à l'élaboration de la Loi type.

6. Les informations figurant dans le Guide visent à expliquer les objectifs de la Loi type (tels qu'ils sont énoncés dans le Préambule) et la manière dont les dispositions de cette dernière ont été conçues pour les atteindre. Le Guide vise donc à accroître l'efficacité de la Loi type comme outil de modernisation et de réforme des systèmes de passation des marchés, en particulier lorsque les personnes concernées sont peu familières des types de procédures de passation qu'elle prévoit.

7. De plus, conformément à son approche générale fondée sur la recherche d'un consensus intergouvernemental, la CNUDCI s'est inspirée de l'expérience de pays du monde entier en matière de réglementation des marchés publics pour élaborer la Loi type et le présent Guide. Cette approche permet également aux deux textes de refléter les meilleures pratiques et aux dispositions de la Loi type d'avoir une application universelle. Cependant, les États présentent d'importantes différences en termes de taille et d'économie, de tradition juridique et administrative, de niveau de développement économique et de facteurs géographiques, aussi la Loi type prévoit-elle diverses possibilités d'adaptation à la situation de chacun, et le Guide explique les questions à prendre en considération pour décider lesquelles choisir. Les informations figurant dans le Guide visent aussi à aider les États à déterminer, le cas échéant, quelles dispositions de la Loi type il conviendrait de modifier pour tenir compte de leur situation particulière.

8. La Loi type étant une loi "cadre" ne prévoyant que des principes et procédures essentiels (voir section [**] ci-après [**hyperlien**]), le Guide examine la nécessité d'une réglementation et d'orientations complémentaires à l'appui d'une législation fondée sur la Loi type, recense les principales questions à traiter dans cette réglementation et examine l'infrastructure juridique et autre qui sera nécessaire pour une application efficace du texte.

### 2. Structure du Guide et public visé

9. Le présent Guide est conçu comme un outil de référence pour les décideurs et les législateurs, les organismes de réglementation et ceux qui fournissent des indications aux utilisateurs d'un système de passation de marchés fondé sur la Loi type. Les principaux points d'intérêt varieront selon le lecteur: pour les décideurs et les législateurs, il s'agira peut-être de déterminer s'il convient de procéder à une réforme de la passation des marchés et, dans l'affirmative, quelle serait l'ampleur de cette réforme et quelles dispositions il convient d'adopter. Les organismes de réglementation et ceux qui fournissent des indications aux utilisateurs s'intéresseront peut-être davantage aux sections concernant l'application et l'utilisation des dispositions elles-mêmes. Pour cette raison, le Guide sépare dans la mesure du possible les observations concernant les questions de politique générale et celles concernant l'application et l'utilisation de la Loi type.

10. Le Guide vise aussi à aider les utilisateurs de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services (la Loi type de 1994) à adapter leur législation aux évolutions récentes de la passation des marchés publics. Il traite donc également du champ d'application élargi de la Loi type par rapport à celui du texte de 1994 et, lorsque cela est nécessaire, explique les grandes évolutions récentes des politiques et pratiques de la passation des marchés qui sont à l'origine des modifications apportées au texte de 1994.

11. Le Guide est donc structuré comme suit:

a) Une section "remarques générales" en deux parties, la première traitant des principales considérations de politique générale qui sous-tendent la Loi type, ses principales caractéristiques et celles du système de passation de marchés qu'elle envisage, et la deuxième traitant des principales questions concernant son application et son utilisation effectives. La deuxième partie traite aussi de questions pouvant intéresser les décideurs et les législateurs, puisqu'il y est question de l'infrastructure juridique qui doit appuyer la Loi type;

b) Un commentaire des objectifs de la Loi type énoncés dans le Préambule;

c) Un commentaire par chapitre, comprenant:

i. Une introduction du chapitre, présentant les grandes questions de politique générale et les approches suggérées, et un examen des questions liées à l'application et à l'utilisation des dispositions du chapitre; et

ii. Un commentaire de chaque article du chapitre; et

d) Un commentaire des modifications apportées à la Loi type de 1994 lors de la compilation du texte de 2011.

12. Le commentaire concernant chaque méthode de passation de marchés a également été consolidé, de sorte que chaque lecteur peut examiner chacune de ces méthodes dans son ensemble: le commentaire détaillé des conditions d'utilisation de chaque méthode, les règles de sollicitation et les procédures de chaque méthode se trouvent ensemble, accompagnés de renvois aux principes généraux.

13. Le commentaire général du Préambule et celui de l'introduction de chaque chapitre, lus successivement, donnent une vue d'ensemble des considérations de politique générale traitées dans la Loi type. Chaque chapitre peut également être lu

en entier si le lecteur souhaite examiner de façon plus approfondie les questions de politique générale et les considérations d'application et d'utilisation concernant les sujets traités dans ce chapitre. Le commentaire des modifications apportées à la Loi type de 1994 ne contient pas de points intéressant généralement les utilisateurs de la Loi type de 2011.

14. Le Guide contient de nombreux renvois permettant de suivre la manière dont les objectifs et principes de la Loi type sont mis en œuvre dans l'ensemble du texte. Il est publié sous forme électronique sur le site Web de la CNUDCI, de sorte que ces renvois peuvent être assortis d'hyperliens facilitant la consultation du texte. On peut également se procurer des copies papier par l'intermédiaire des publications de l'ONU [**référence**].

15. Le Guide ne saurait être exhaustif et ne prétend pas l'être. Il renvoie aux travaux d'autres entités participant activement à la réforme de la passation des marchés, de sorte que le lecteur peut y approfondir encore son examen des questions qui l'intéressent. Enfin, on notera que les pratiques et procédures de la passation des marchés publics se développeront et s'adapteront à l'évolution des conditions économiques et autres. Pour cette raison, la Commission pourrait actualiser le Guide de temps à autre, compte tenu des nouvelles pratiques et procédures et de l'expérience acquise par l'application et l'utilisation de la Loi type en pratique. La version électronique du Guide disponible sur le site Web de la CNUDCI doit donc être considérée comme faisant foi[2].

## C. Introduction à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics[3]

### 1. Historique, objet et mandat

16. À sa vingt-septième session (New York, 31 mai-17 juin 1994), la CNUDCI a adopté la Loi type sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services (la Loi type de 1994)[4] et son Guide pour l'incorporation dans le droit interne[5]. La décision de la CNUDCI d'élaborer une législation type sur la passation des marchés était motivée par le souhait de remédier au problème de l'inadéquation ou de l'obsolescence des lois constaté dans de nombreux pays, se traduisant par un manque d'efficacité et d'efficience dans le processus de passation des marchés et

---

[2] Note à l'intention du Groupe de travail: Des références précises à d'autres textes seront ajoutées en temps voulu.

[3] On trouvera le texte de la Loi type dans l'annexe I du rapport de la Commission sur les travaux de sa quarante-quatrième session (*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 17* (A/66/17)), ainsi qu'à l'adresse www.uncitral.org.

[4] Le texte de la Loi type de 1994 se trouve dans l'annexe I du rapport de la Commission sur les travaux de sa vingt-septième session (*Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, Supplément n° 17* (A/49/17)). Il peut également être consulté à l'adresse www.uncitral.org.

[5] La Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens et de travaux, que la Commission avait adoptée en 1993 à sa vingt-sixième session (annexe I du rapport de la Commission sur les travaux de cette session (*Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-huitième session, Supplément n° 17* (A/48/17)), était son premier texte sur les marchés publics. Elle traitait des règles de la passation des marchés dans le domaine des biens et des travaux mais ne contenait pas de dispositions sur les services autres que ceux de construction.

donnant lieu à des abus, empêchant ainsi l'acheteur public d'obtenir la juste contrepartie des fonds publics dépensés.

17. En outre, l'inadéquation des législations nationales sur la passation des marchés entrave le commerce international – dont la promotion constitue un aspect majeur du mandat de la CNUDCI – alors qu'une part importante de ce commerce découle de la passation de marchés. Les disparités entre les régimes juridiques nationaux de la passation des marchés et les incertitudes qu'elles suscitent peuvent dans une certaine mesure empêcher les États de profiter des avantages de la passation de marchés internationaux en termes de compétitivité des prix et de qualité. Dans le même temps, des fournisseurs et entrepreneurs ont des difficultés ou des réticences à vendre aux pouvoirs publics étrangers parce que la législation des marchés est inadéquate ou différente dans beaucoup de pays.

18. La Loi type de 1994 a contribué à la réforme et à la modernisation de la législation sur la passation des marchés dans toutes les régions. Elle a été abondamment utilisée et a donné de bons résultats. Elle a servi de base à la législation des marchés dans plus de 30 pays, et ses principes généraux ont été repris à des degrés divers dans de nombreux autres pays.

19. À sa trente-septième session, en 2004, la Commission est convenue que la Loi type de 1994 gagnerait à être mise à jour pour tenir compte des nouvelles pratiques, en particulier celles résultant de la dématérialisation des marchés publics [renvoi à la section sur l'actualisation et les discussions relatives à la politique générale], et de l'expérience acquise dans son utilisation comme base de réforme législative, sans s'écarter de ses principes fondamentaux. La Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, adoptée par la Commission à sa quarante-quatrième session (Vienne, 27 juin-8 juillet 2011), est le résultat de ses travaux de réforme de la Loi type de 1994.

20. L'objet de la Loi type est double: en premier lieu, servir de modèle aux États pour l'évaluation et la modernisation de leur législation et de leurs pratiques en matière de passation des marchés et pour l'adoption d'une législation des marchés là où elle fait défaut. En deuxième lieu, appuyer l'harmonisation internationale de la réglementation en matière de passation de marchés de manière à promouvoir le commerce international. Le potentiel de la Loi type en tant qu'instrument permettant d'atteindre ces objectifs se réalisera pleinement dans la mesure où elle est utilisée par tous types d'États, ce qui soulignera plus encore que le texte ne vise pas un groupe particulier de pays ou un stage particulier de développement, et qu'il ne privilégie pas l'expérience ou l'approche d'une région particulière. En outre, dans les pays en transition, l'adoption d'une législation sur la passation des marchés s'inscrit dans le processus de développement de l'économie de marché et à cet égard la Loi type peut constituer un moyen d'y coordonner efficacement les relations entre secteur public et secteur privé.

21. La Loi type est principalement destinée à appuyer l'élaboration de textes législatifs nationaux. La Commission sait toutefois que d'autres textes et accords internationaux traitant de la passation des marchés publics – notamment la Convention des Nations Unies contre la corruption, l'Accord sur les marchés publics (AMP) de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) [**hyperliens vers ces autres textes**] et des accords bilatéraux ou régionaux de libre-échange – comportent des obligations touchant la législation relative à la passation des

marchés des États qui y sont parties. L'article 3 de la Loi type consacre le respect des obligations internationales de l'État adoptant au niveau intergouvernemental. Ces obligations et leurs conséquences pour les États adoptants sont examinées à la section ** ci-après et dans le commentaire de l'article 3 [**hyperliens**].

22. La Loi type contient des dispositions convenant à tous les types de passation de marchés et pouvant donc être adaptées pour fournir des règles et procédures convenant à des systèmes de passation de marchés dans d'autres contextes, que ce soit au niveau infranational ou au sein d'organisations financées par des fonds publics. En outre, dans les pays en développement et les pays en transition, de nombreux projets peuvent être financés par des donateurs multilatéraux ou par l'investissement étranger direct. La Loi type comporte des dispositions convenant à la passation de marchés dans des projets importants et complexes, et peut donc être utilisée pour le volet passation de marchés de projets financés par des fonds privés ou par des donateurs.

### 2. Objectifs de la Loi type

23. La Loi type repose sur six objectifs principaux énoncés dans son préambule et qui devraient sous-tendre la législation sur la passation de marchés publics. Ces objectifs sont les suivants:

a) Assurer l'économie et l'efficacité;

b) Assurer une large participation des fournisseurs et entrepreneurs en ouvrant la passation des marchés à la participation internationale en règle générale;

c) Maximiser la concurrence;

d) Garantir un traitement juste et équitable;

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

f) Promouvoir la transparence.

24. Ces objectifs sont dans une large mesure complémentaires. Les procédures et garanties énoncées dans la Loi type visent à promouvoir l'objectivité des procédures de passation qui, à son tour, facilite la participation, la concurrence, l'égalité de traitement et la transparence. Ces notions constituent les principes essentiels qui contribuent à la réalisation des deux buts suprêmes de la Loi type: obtenir le meilleur rapport qualité-prix et empêcher les abus dans la passation des marchés publics. Elles sous-tendent aussi l'article 9-1 de la Convention des Nations Unies contre la corruption, qui contient des dispositions sur la passation des marchés publics, l'AMP de l'OMC et les accords régionaux sur la passation des marchés publics [**hyperliens**]. Cependant, l'accent mis sur chacun de ces objectifs peut varier selon le système de passation des marchés publics, notamment en ce qui concerne le degré de transparence requis. Ces objectifs et la manière dont ils sont mis en œuvre dans la Loi type, notamment pour ce qui est de trouver le juste équilibre entre eux, sont examinés plus en détail dans le commentaire du Préambule [**hyperlien**].

### 3. Équilibre entre les principes et procédures essentiels de la Loi type et d'autres règles, règlements et orientations

25. Les États sont censés adapter la Loi type à leur propre situation, notamment à leur tradition juridique, sans toutefois porter atteinte aux principes et procédures essentiels du texte. La législation principale sur la passation des marchés devrait donc au minimum comporter les principes et procédures essentiels suivants:

a) La loi applicable, les règlements en matière de passation des marchés et les autres informations pertinentes doivent être publiés (article 5 [**hyperlien**]);

b) Chaque procédure de passation doit être annoncée à l'avance par voie de publication (comportant les informations pertinentes) (articles 33 à 35 [**hyperliens**]) et des avis d'attribution des marchés doivent ensuite être publiés (article 23 [**hyperlien**]);

c) L'objet du marché doit être décrit suivant les modalités prévues à l'article 10 (c'est-à-dire de manière objective et généralement sans référence à une marque particulière, afin que les soumissions puissent être établies et comparées sur une base commune et objective);

d) Les procédures de qualification et les critères pouvant être utilisés pour déterminer quels fournisseurs seront admis à participer sont indiqués dans la loi, et les critères particuliers qui permettront de déterminer si les fournisseurs sont qualifiés ou non pour une procédure de passation particulière doivent être communiqués à tous les fournisseurs potentiels (articles 9 et 18 [**hyperliens**]);

e) L'appel d'offres ouvert est la méthode de passation recommandée et l'entité adjudicatrice est tenue de justifier objectivement le recours à une autre méthode (article 28 [**hyperlien**]);

f) D'autres méthodes de passation permettent de couvrir les principales situations susceptibles de se présenter (marchés simples ou de faible valeur, situations d'urgence ou de catastrophe, achats récurrents et achat de biens ou services complexes ou spécialisés). La loi doit fixer les conditions d'utilisation de ces méthodes de passation de marchés (articles 29 à 31 [**hyperliens**]);

g) Des règles standard pour la conduite de chaque procédure de passation sont prescrites par la loi (chapitres III à VII [**hyperliens**]);

h) La forme et les modalités de communication avec les fournisseurs ne doivent pas empêcher l'accès à la passation (article 7 [**hyperlien**]);

i) Un délai d'attente doit être respecté entre le moment où le fournisseur à retenir est identifié et celui où le marché est attribué, afin que toute violation des dispositions de la Loi type puisse être traitée avant l'entrée en vigueur du marché (article 21-2 [**hyperlien**]); et

j) Des procédures de contestation et d'appel doivent être prévues en cas de violation des règles ou procédures (chapitre VIII [**hyperlien**]).

### 4. Équilibre entre la politique de passation des marchés et d'autres politiques des pouvoirs publics

26. Les objectifs de la Loi type se rapportent à la passation de marchés comme s'il s'agissait d'un système indépendant. La CNUDCI note toutefois que les prises de

décision concernant la passation de marchés et l'exécution de ces décisions ne se font pas isolément, que ce soit au niveau national ou dans le cadre d'obligations internationales. La présente section du Guide porte sur l'incidence que la poursuite et la mise en œuvre d'autres politiques et objectifs des pouvoirs publics au moyen du système de passation des marchés peut avoir sur la performance du système lui-même. Elle traite aussi de l'incidence de l'assouplissement des exigences de la Loi type en matière de concurrence et de transparence, aux fins de poursuivre de telles politiques ou en raison de la nécessité d'inclure les marchés de la défense et les marchés sensibles dans le système de passation des marchés publics.

### a) Politiques socioéconomiques

27. Une grande partie des marchés d'un État adoptant peuvent être liés à des projets s'inscrivant dans le processus de développement économique et social, et la passation de marchés peut aussi favoriser ce développement et le renforcement de capacités. Le système de passation des marchés peut aussi être choisi par les pouvoirs publics comme moyen de fournir un appui à des groupes particuliers au sein de l'économie. D'autres objectifs peuvent être de soutenir les entreprises privées de certains secteurs de l'économie non concurrentielles en tant que fournisseurs ou entrepreneurs sur le marché de la passation ou incapables de participer librement à l'ensemble de l'activité économique, de sorte qu'elles deviennent concurrentielles et puissent participer pleinement aux marchés concernés. D'autres politiques peuvent viser à promouvoir le développement de capacités locales en appuyant les petites et moyennes entreprises (PME) et la participation de collectivités locales à la passation de marchés. Les États peuvent également chercher à accorder certains types de marchés en fonction d'objectifs stratégiques. Il s'agit généralement de politiques à caractère social, économique ou environnemental pouvant viser un secteur spécifique ou un développement général, l'amélioration de l'environnement, l'amélioration de la situation de groupes désavantagés, ou des facteurs économiques.

28. Dans la pratique, on peut citer comme exemples de politiques poursuivies l'inclusion d'un contenu local, que ce soit en fabrication, main-d'œuvre ou matériaux, les possibilités de développement économique qu'apportent les offres, notamment les investissements locaux ou autres activités locales, la promotion de l'emploi, le transfert de technologies et le développement de compétences managériales, scientifiques et opérationnelles, le développement des PME, des entreprises dirigées par des minorités, des petites organisations sociales, des groupes défavorisés, des personnes handicapées, le développement régional et local, et l'amélioration des droits des femmes, des jeunes, des personnes âgées et des personnes appartenant à des groupes autochtones et traditionnels.

29. La caractéristique de ces politiques, définies dans la Loi type comme "politiques socioéconomiques" [**hyperlien**], est qu'elles sont mises en œuvre au moyen d'une limitation de la concurrence dans une passation de marché donnée et qu'elles supposent une exception au principe de concurrence pleine et ouverte consacré par la Loi type. Les procédures de la Loi type étant censées garantir une utilisation optimale des ressources et le meilleur rapport qualité-prix, l'application de politiques socioéconomiques peut accroître le coût de la passation et il faut donc soigneusement mettre en balance leur utilisation et les coûts qu'elles peuvent entraîner à court et à long terme. Elles peuvent en particulier être jugées appropriées

en tant que mesures transitoires destinées uniquement à donner à de nouveaux fournisseurs l'accès au marché, en ouvrant l'économie nationale, notamment au moyen du renforcement des capacités, mais ne devraient pas être utilisées comme une forme de protectionnisme. Ces politiques devraient s'accompagner d'une ouverture progressive à la concurrence internationale.

30. Conformément au mandat de la CNUDCI, qui est de promouvoir le commerce international, et aux objectifs de la Loi type, qui sont d'assurer une participation et une concurrence maximales, la Loi type dispose en règle générale que les fournisseurs ou entrepreneurs sont autorisés à participer à une procédure de passation de marché quelle que soit leur nationalité. Cette approche répond aux principes qui sous-tendent l'AMP de l'OMC et d'autres textes internationaux et régionaux sur la passation de marchés.

31. Cependant, l'article 8-1 de la Loi type permet de restreindre exceptionnellement la passation de marchés aux fournisseurs nationaux dans la mesure où le permettent les règlements en matière de passation des marchés ou d'autres dispositions de la législation de l'État adoptant [**hyperlien**]. Cette règle générale destinée à promouvoir la transparence et à empêcher toute restriction arbitraire et excessive de la participation étrangère est mise en application au moyen de plusieurs procédures visant par exemple à ce que les invitations à participer à une procédure de passation ou à présenter une demande de préqualification soient publiées de telle manière qu'elles seront reçues et comprises par une communauté internationale de fournisseurs et d'entrepreneurs.

32. L'entité adjudicatrice peut toutefois établir des normes minimales de qualification et de conformité en vertu des articles 9 et 10 [**hyperliens**] et inclure des critères d'évaluation en vertu de l'article 11 [**hyperlien**] pour promouvoir des politiques du gouvernement dans les domaines de l'environnement, de l'industrie ou des affaires sociales. Ces politiques peuvent entraîner une discrimination à l'encontre des fournisseurs ou entrepreneurs étrangers, soit parce qu'elles sont conçues en ce sens, soit parce qu'elles ont cet effet (par exemple, si les normes imposées sont plus strictes que celles s'appliquant dans d'autres États).

33. En outre, les dispositions de l'article 11 permettent à l'entité adjudicatrice de recourir à la technique dite de la "marge de préférence" en faveur des fournisseurs et entrepreneurs locaux. Ce mécanisme permet à l'État de trouver un juste équilibre entre la participation internationale à la procédure de passation de marchés et la promotion des capacités locales sans devoir recourir à une procédure de passation purement nationale. L'entité adjudicatrice peut ainsi favoriser les fournisseurs et entrepreneurs locaux capables de proposer des prix voisins de ceux de la concurrence internationale, sans pour autant exclure purement et simplement cette dernière. Elle peut alors retenir la soumission d'un fournisseur local lorsque la différence de prix (prix pondéré ou non par la note de qualité) entre cette soumission et la soumission la plus basse ou la plus avantageuse dans l'absolu reste inférieure à la marge de préférence.

34. Comme l'explique le commentaire des articles pertinents [**hyperliens**], l'utilisation de tous ces critères, notamment la marge de préférence, est soumise à deux importantes réserves. Des interdictions expresses contre toute discrimination fondée sur des exigences concernant les critères de qualification, d'examen ou d'évaluation figurent également aux articles 9 à 11: l'article 9-6 [**hyperlien**]

dispose que, sous réserve de l'article 8 [**hyperlien**], "l'entité adjudicatrice n'établit pas, concernant les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs, de critère, condition ou procédure qui entraîne une discrimination à l'encontre de fournisseurs ou d'entrepreneurs, ou de catégories de fournisseurs ou d'entrepreneurs, ou qui ne soit pas objectivement justifiable". Les règles concernant la description de l'objet du marché interdisent, toujours sous réserve de l'article 8, d'utiliser une description de l'objet du marché susceptible de restreindre la participation ou l'accès de fournisseurs ou d'entrepreneurs à la procédure de passation de marché, y compris des restrictions fondées sur la nationalité (article 10-2 [**hyperlien**]).

35. La première réserve est que, comme l'utilisation de critères découlant de ces politiques peut viser à restreindre ou empêcher la participation de fournisseurs étrangers ou avoir un tel effet, ces politiques ne peuvent être menées que dans la mesure où les obligations internationales de l'État adoptant le permettent. Cette réserve trouve son expression à l'article 3 de la Loi type, qui dispose que celle-ci est expressément subordonnée aux accords internationaux conclus par l'État adoptant [**hyperlien**]. En pratique, les dispositions de nombreux accords commerciaux – comportant l'exigence que les fournisseurs des pays signataires ne soient pas défavorisés par rapport aux fournisseurs nationaux, et interdisant les opérations de compensation et mesures similaires – signifient que certaines des possibilités évoquées au paragraphe précédent ne seront pas ouvertes aux États adoptants parties à ces accords.

36. Les dispositions de l'article 3 permettent également à la Loi type de tenir compte des cas où les fonds servant à la passation de marchés découlent d'un arrangement d'aide bilatérale liée. Un tel arrangement peut exiger que la passation se fasse avec des fournisseurs ou entrepreneurs du pays donateur. De même, on peut considérer que des restrictions fondées sur la nationalité puissent résulter par exemple d'un traitement national accordé aux fournisseurs et entrepreneurs d'autres États membres d'un groupement régional d'intégration économique ou de sanctions économiques imposées par le Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies.

37. La deuxième réserve est que ces critères ne peuvent être appliqués en vertu de la Loi type que dans la mesure où les politiques visées sont énoncées dans la législation de l'État adoptant ou dans la procédure de passation de marchés: elles ne peuvent être des politiques de l'entité adjudicatrice elle-même. Les principales dispositions se trouvent aux articles 8 à 11 [**hyperliens**]. Elles permettent à l'entité adjudicatrice, dans des circonstances limitées et uniquement aux fins de promouvoir les politiques socioéconomiques du gouvernement, de limiter la passation de marchés aux fournisseurs nationaux (article 8 [**hyperlien**]), d'imposer des exigences minimales de qualification en rapport avec des politiques socioéconomiques (article 9 [**hyperlien**]), et de définir concernant ces politiques ses exigences minimales qui (avec d'autres critères) indiqueront si une soumission est conforme (article 10 [**hyperlien**]). En outre, les critères d'évaluation peuvent être conçus de manière à tenir compte du respect de politiques socioéconomiques au-delà d'un seuil requis (article 11 [**hyperlien**]). Enfin, la nécessité de mener une politique socioéconomique donnée peut justifier le recours à la sollicitation d'une source unique en vertu de l'article 30 [**hyperlien**]. Le commentaire de ces articles examine plus en détail la manière dont ces politiques

peuvent être mises en œuvre [**hyperliens**]. Par exemple, la Loi type permet de promouvoir la durabilité au moyen de la passation de marchés, en se servant des critères de qualification (article 9 [**hyperlien**] et autorise donc expressément l'entité adjudicatrice à imposer des qualifications environnementales et des normes éthiques et autres pouvant inclure des exigences liées au commerce équitable).

38. La Loi type ne restreint pas le type de politiques socioéconomiques pouvant être menées en vertu de ces dispositions mais elle réglemente la manière dont elles peuvent l'être. Outre la garantie que ces politiques doivent être formulées comme expliqué au paragraphe précédent, elle prévoit des règles de transparence strictes afin d'assurer que les modalités d'application de ces politiques soient claires pour tous les participants à la procédure. Ces règles de transparence prévoient notamment que les conditions de participation, qui doivent être publiées intégralement dans le dossier de sollicitation (voir les exigences des articles 8 à 11 [**hyperlien**] et des articles 39, 47 et 49 sur le dossier de sollicitation [**hyperliens**]), s'appliquent exactement de la même manière à l'utilisation des critères socioéconomiques et des autres critères concernant la qualification, l'examen de la description et de la conformité et l'évaluation.

39. Cependant, ces politiques ont une incidence sur les objectifs de la Loi type: en limitant la concurrence, elles peuvent gonfler le prix finalement payé; et le coût du suivi de l'application des politiques gouvernementales peut accroître le coût administratif ou le coût de l'opération, nuisant ainsi à l'efficacité. D'un autre côté, certaines de ces politiques peuvent ouvrir les marchés publics à des acteurs qui en étaient traditionnellement exclus (tels que les PME) et accroître la participation et la concurrence, bien qu'à plus long terme ces avantages peuvent ne pas persister si ces fournisseurs décident artificiellement de rester des PME.

40. Il a été observé que les politiques préférentielles (telles que le recours à des critères d'évaluation privilégiant un groupe donné) donnaient généralement des résultats plus positifs que les politiques réservées (telles que celles qui restreignent la qualification, exigent de sous-traiter à un groupe donné ou limitent la participation aux seuls fournisseurs nationaux). L'exclusion complète de la concurrence pour une période prolongée ou lorsque les fournisseurs peuvent déjà entrer en concurrence peut également compromettre le développement des capacités que ces politiques visent à réaliser.

41. Les restrictions susmentionnées dans la Loi type et les strictes exigences de transparence visent à garantir que l'incidence de ces politiques peut être évaluée par les fournisseurs ou entrepreneurs qui envisagent de participer à une procédure de passation de marché. Elles permettent aussi de calculer le coût de ces politiques en les comparant avec des données de référence établies (calcul du surcoût de la politique concernée) et de le mettre en balance avec les bénéfices tirés de ces politiques. L'État adoptant peut donc déterminer si le recours à la passation de marchés contribue effectivement et efficacement à la réalisation des divers objectifs de ces politiques socioéconomiques et évaluer sa performance en la comparant avec des données empiriques provenant d'autres États. D'autres mesures peuvent être appliquées: fournir une assistance technique ciblée, simplifier les procédures et démarches administratives, garantir des ressources financières suffisantes à l'ensemble des secteurs de l'économie, exiger que les entités adjudicatrices payent régulièrement et ponctuellement les fournisseurs. Des formations et des informations sur le système de passation des marchés peuvent diminuer la réticence

à participer lorsque les procédures sont méconnues, imprécises, longues et complexes, et améliorer ainsi l'efficacité de l'appui fourni à des groupes particuliers au sein de l'économie.

42. Au niveau national, l'exigence générale d'une participation internationale et les garanties décrites visent également à assurer la transparence et à empêcher toute restriction arbitraire et excessive de la participation étrangère. En outre, elles empêchent l'entité adjudicatrice de désavantager certains fournisseurs ou certaines catégories de fournisseurs. En pratique, il est donné effet à cette règle au moyen de plusieurs procédures destinées par exemple à garantir que les invitations à participer à une procédure de passation de marché ou à présenter une demande de préqualification sont publiées de telle manière qu'elles seront reçues et comprises par une communauté internationale de fournisseurs et d'entrepreneurs. Cette règle est renforcée par des dispositions qui interdisent de recourir à des critères de qualification entraînant une discrimination à l'encontre de fournisseurs ou d'entrepreneurs ou de catégories de fournisseurs ou entrepreneurs (article 9-6 [**hyperlien**]) ou à une description de l'objet du marché susceptible de restreindre la participation ou l'accès de fournisseurs ou d'entrepreneurs à la procédure de passation de marché (article 10-2 [**hyperlien**]), et par des règles empêchant l'application de critères discriminatoires en ce qui concerne l'évaluation (article 11 [**hyperlien**]).

**b) Protection des informations classifiées**

43. Comme indiqué ci-dessus [**hyperlien**], le système de passation de marchés mis en place en vertu de la Loi type comprend des marchés liés à la sécurité, sachant que les dispositions concernant la transparence peuvent alors devoir être modifiées pour tenir compte des informations classifiées. La Commission a veillé à ce que ces modifications se limitent au strict nécessaire, notamment en exigeant un examen au cas par cas, afin d'empêcher qu'il soit porté atteinte à un principe aussi fondamental de la Loi type.

44. La Loi type permet toutefois de telles modifications, non pas parce que ces marchés concernent la défense ou d'autres secteurs sensibles mais parce qu'ils mettent en jeu des informations classifiées, définies à l'article 2-l [**hyperlien**] et examinées dans le commentaire de cette définition [**hyperlien**]. Pour cette raison, l'article 35-2 c) permet la sollicitation directe dans la procédure de demande de propositions, comme il est expliqué ci-après dans le commentaire de cet article [**hyperlien**]. En outre, l'article 7-3 b) permet à l'entité adjudicatrice de prendre des dispositions spéciales pour protéger les informations classifiées lorsqu'elle précise les modalités de communication d'une procédure de passation de marché [**hyperlien**] et en ce qui concerne les fournisseurs et entrepreneurs et leurs sous-traitants en vertu de l'article 24-4 [**hyperlien**]. Cependant, des mécanismes de transparence sont imposés: le dossier de sollicitation doit préciser où la législation relative aux informations classifiées peut être consultée (voir par exemple les articles 39 t) et 47-4 f) et d'autres articles régissant le contenu du dossier de sollicitation [**hyperliens**]).

45. Les "informations classifiées" sont des informations désignées comme telles dans la législation de l'État adoptant. Il s'agit généralement d'informations dont l'accès est limité par la législation ou la réglementation à certaines catégories de personnes. Le terme "informations classifiées" et la souplesse qui y est liée

s'appliquent à la passation de marchés non seulement dans les secteurs où il en est le plus souvent question, comme la sécurité et la défense nationales, mais aussi dans tout autre secteur où une telle protection est accordée (notamment la conception d'installations sensibles et certaines questions médicales). Il importe de noter que, pour éviter les abus, les dispositions ne donnent pas à l'entité adjudicatrice la liberté d'élargir la définition de ce terme. Il convient de distinguer les informations classifiées des informations confidentielles protégées en vertu de l'article 24 [**hyperlien**].

46. Les entités adjudicatrices sont autorisées à prendre des mesures spéciales et à imposer des règles particulières pour la protection d'informations classifiées, notamment à déroger à l'obligation d'information du public, uniquement dans les limites fixées par les règlements en matière de passation des marchés ou par d'autres dispositions de la loi de l'État adoptant. L'exigence d'un examen au cas par cas découle de l'article 7 [**hyperlien**] qui dispose que, lorsque l'entité adjudicatrice sollicite pour la première fois la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à une procédure de passation de marché mettant en jeu des informations classifiées, elle est tenue de préciser si des mesures et prescriptions sont nécessaires pour protéger ces informations au niveau requis, et quelles sont ces mesures. Si elle prend de telles mesures, l'entité adjudicatrice doit motiver sa décision dans le procès-verbal visé à l'article 25-1 v): ces dispositions visent à assurer que l'incidence que pourraient avoir ces exceptions est examinée comme il se doit et que l'entité adjudicatrice (qui détermine s'il existe des motifs suffisants pour lever les obligations normales de transparence) peut expliquer et justifier ses décisions.

### c) Passation de marchés responsable

47. La passation de marchés responsable est un objectif déclaré de certains systèmes de passation de marchés. La Commission a noté qu'il n'y avait pas de définition communément admise de la passation de marchés responsable mais qu'on considérait généralement qu'elle supposait une vision à long terme de la politique de passation de marchés, se traduisant par l'examen de l'ensemble des effets de la passation du marché sur la société et l'environnement de l'État adoptant (par exemple en favorisant l'évaluation des coûts sur le cycle de vie, des coûts de mise hors service de l'objet du marché et de l'impact sur l'environnement). À cet égard, la passation de marchés responsable peut être considérée dans une large mesure comme l'application des meilleures pratiques envisagées dans la Loi type. Pour cette raison, elle ne figure pas dans le Préambule comme un objectif distinct mais est traitée comme un élément des processus mis en œuvre en vertu de la Loi type.

48. Le terme "passation de marchés responsable" peut aussi être utilisé comme un terme générique pour désigner la prise en compte dans la passation de marchés de politiques sociales, économiques et environnementales, comme des facteurs "sociaux" (conditions d'emploi, inclusion sociale, lutte contre la discrimination), des facteurs "éthiques" (droits de l'homme, travail des enfants, travail forcé), et la passation de marchés soucieuse de l'environnement. La souplesse de la Loi type pour ce qui est d'appliquer ainsi ces politiques socioéconomiques est examinée en détail à la section ** ci-dessus [**hyperlien**].

### d) Participation communautaire à la passation des marchés

49. La participation des communautés locales à la phase de mise en œuvre de la passation des marchés, notamment au moyen d'un examen des dépenses publiques, peut améliorer l'exécution du marché. L'expérience montre que le contrôle des communautés peut être efficace si celles-ci connaissent suffisamment l'objet du marché, ce qui est généralement le cas de projets à petite échelle. Cependant, dans le cas de projets plus importants et plus complexes, il peut être irréaliste de vouloir que la communauté soit dûment informée des éléments essentiels du projet, et sa participation peut être moins heureuse.

50. Généralement, le pouvoir de mener des projets avec la participation des communautés découle en principe de règles et règlements régissant les dépenses publiques et non de la législation relative à la passation de marchés, et la question n'est donc pas traitée en tant que telle dans la Loi type mais doit l'être dans le cadre de la planification de la passation des marchés (question examinée à la section ** ci-après [**hyperlien**]). En outre, la possibilité d'appliquer des critères socioéconomiques, évoquée ci-dessus, permettrait que la participation de la communauté locale (sous la forme d'une exigence d'employer la main-d'œuvre locale ou d'utiliser des matériaux locaux) soit un des critères de qualification en vertu de l'article 9 [**hyperlien**], un des critères d'évaluation en vertu de l'article 11 [**hyperlien**] ou un élément justifiant le recours à la sollicitation d'une source unique pour assurer la participation de cette communauté (en vertu de l'article 30 [**hyperlien**]). La participation de la communauté locale entraîne nécessairement l'imposition de restrictions quant aux participants pouvant assurer la livraison du projet et il y a donc un risque de nuire à la transparence, d'augmenter les coûts ou de diminuer la concurrence. Les considérations de mise en balance des objectifs de politique générale, à la section ** ci-dessus [**hyperlien**] seront donc pertinentes lorsqu'il est question de favoriser la participation de la communauté locale à la passation d'un marché.

## 5. La passation de marchés en ligne, outil de promotion des objectifs de la passation de marchés publics

51. La passation de marchés en ligne consiste en l'acquisition de biens, travaux et services au moyen des technologies de l'information et des communications sur Internet. Étant donné le rythme rapide de l'évolution technologique et la possibilité que de nouvelles technologies apparaissent, l'expression passation de marchés en ligne désigne dans le présent Guide l'utilisation de communications en ligne pour transmettre des informations par voie électronique ou par une voie analogue et les enregistrer sur support électronique. Les principes relatifs à l'introduction et à l'utilisation de la passation de marchés en ligne s'appliquent de manière générale à toutes les nouvelles technologies de l'information pouvant être utilisées pour transmettre ou enregistrer des informations ou des documents et conduire des procédures de passation de marchés.

52. Les avantages que peut apporter la passation de marchés en ligne en termes de promotion de la réalisation des objectifs de la Loi type ont été largement reconnus par les universitaires et les décideurs[6]. Les bénéfices financiers découlant de ces

---

[6] Note à l'intention du Groupe de travail: Des références appropriées seront ajoutées en temps voulu.

avantages peuvent aller jusqu'à 5 % de la valeur des marchés publics et les possibilités de réduire la corruption et les abus semblent également considérables.

53. En résumé, la passation de marchés en ligne peut améliorer le rapport qualité-prix de l'ensemble du système de passation et contribuer à une meilleure gouvernance dans ce secteur clef de l'activité des pouvoirs publics, mais elle présente également des risques et des difficultés pouvant nécessiter par exemple une mise en œuvre par phases. Ces risques et difficultés, et les garanties et processus que la Loi type envisage pour y faire face sont examinés à la section ** ci-dessous [**hyperlien**]. La situation de chaque État adoptant, ses capacités techniques et sa capacité en matière de gouvernance, de passation des marchés publics et de gestion financière en général détermineront les modalités de leur application. En outre, la volonté politique de procéder aux importantes réformes nécessaires et d'ouvrir la passation des marchés publics à la transparence et à l'examen des fournisseurs et de la société civile est primordiale pour permettre à la passation de marchés en ligne de réaliser son potentiel: améliorer les objectifs du système de passation des marchés.

### 6. Champ d'application de la Loi type

#### a) Application à tous les marchés publics

54. La Loi type est censée pouvoir s'appliquer à tous les marchés publics passés dans l'État adoptant: le meilleur moyen d'atteindre les objectifs de la Loi type est de lui conférer l'application la plus large possible. L'article premier [**hyperlien**] prévoit donc qu'elle s'applique à toutes les passations de marchés publics dans l'État adoptant[7].

55. Pour la même raison, et à l'inverse d'autres systèmes, la Loi type ne prévoit pas de seuil en deçà duquel ses dispositions ne s'appliqueraient pas, comme il est expliqué dans le commentaire de l'introduction du chapitre I [**hyperlien**], même s'il existe certaines exceptions pour les marchés de faible valeur, comme il est expliqué dans le commentaire du chapitre I [**hyperlien**].

56. La Loi type prévoit aussi des procédures pour d'autres situations de passation de marchés publics: acquisition de produits standard, situations d'urgence ou de catastrophe, achat de biens ou services complexes ou spécialisés. Chaque méthode est conçue pour les circonstances dans lesquelles elle est censée être utilisée, comme il est expliqué dans le commentaire de la première partie du chapitre II et celui concernant chacune de ces méthodes [**hyperliens**].

57. Comme il est expliqué à la section ** sur la passation de marchés en ligne [**hyperlien**], la Loi type s'applique à toute passation de marchés, qu'elle se fasse sur papier, en ligne ou au moyen d'autres technologies nouvelles. Les mêmes conditions de forme et autres normes s'appliquent à l'ensemble de ces procédures.

#### b) Passation de marchés de défense et de sécurité

58. La passation de marchés liés à la sécurité constitue dans beaucoup d'États adoptants un secteur essentiel de la passation de marchés, qu'il s'agisse d'armes, de munitions ou de matériel de guerre, de marchés essentiels pour la sécurité et la

---

[7] Note à l'attention du Groupe de travail: Un renvoi au chapitre sur les révisions du texte de 1994 sera ajouté.

défense nationales ou de marchés touchant d'autres questions de sécurité, telles que la construction d'installations pénitentiaires.

59. Traditionnellement, ces marchés étaient globalement exclus de la législation sur la passation des marchés et de ses règles d'application (ainsi que de la Loi type de 1994). Le présent texte inclut la défense et la sécurité nationales, lorsqu'il y a lieu, dans le champ d'application général de la Loi type, afin de promouvoir l'application de règles juridiques harmonisées à tous les secteurs dans les États adoptants et de sorte que toutes les passations de marchés tirent parti des dispositions de la Loi type. La Commission sait toutefois que de telles passations de marchés ont besoin de souplesse et qu'il faut permettre aux États de respecter leurs obligations internationales en la matière.

60. Premièrement, il est admis que les obligations étendues imposées par la Loi type en matière de transparence peuvent ne pas être compatibles avec toutes ces passations de marchés: certaines phases du processus de passation devront être modifiées pour tenir compte d'informations classifiées, qui par nature peuvent être sensibles ou confidentielles (comme il est expliqué à la section ** ci-après [**hyperlien**]). Les dispositions de la Loi type prévoient donc des exceptions aux mécanismes de transparence aux fins de la protection d'intérêts essentiels de sécurité, telles que la non-divulgation de certaines parties du procès-verbal, visée à l'article 25-4 [**hyperlien**], et certaines exceptions concernant la publication, comme il est expliqué ci-après dans la section ** sur les informations classifiées.

61. La passation des marchés de la défense soulève d'autres questions particulièrement importantes liées à la complexité de certains marchés et à la nécessité d'assurer la sécurité des informations et de l'approvisionnement. Les procédures prévues dans la Loi type pour chaque méthode de passation, notamment aux chapitres IV et V, permettent de tenir compte de ces nécessités, comme il est expliqué dans le commentaire de ces méthodes [**hyperliens**]. Par exemple, la Loi type prévoit deux méthodes de passation de marchés – négociations avec appel à la concurrence et sollicitation d'une source unique – pour les passations de marchés de défense ou de marchés sensibles lorsque l'entité adjudicatrice considère qu'une autre méthode ne convient pas (comme il est expliqué plus en détail dans le commentaire de l'article 30 [**hyperlien**]). La sécurité de l'approvisionnement peut également être assurée par le recours à des accords-cadres en vertu du chapitre VII [**hyperlien**].

### 7. Contexte international de la Loi type et promotion de la participation internationale aux procédures de passation de marchés

62. Une des principales préoccupations de la CNUDCI est de permettre l'utilisation la plus large possible de la Loi type. À cet égard, elle a cherché à rendre le texte le plus utile possible en l'harmonisant dans la mesure du possible avec d'autres textes internationaux sur la passation de marchés, de sorte qu'il puisse être utilisé sans modification majeure par les parties à de tels instruments.

63. La Convention des Nations Unies contre la corruption (New York, 31 octobre 2003)[8] (la Convention contre la corruption) traite de la prévention de la corruption

---

[8] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2349. La Convention a été adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 58/4. Conformément à son article 68-1, elle est

en énonçant dans son article 9-1 des règles minimales obligatoires concernant la passation de marchés. Aux termes de cet article, chaque État partie doit prendre "les mesures nécessaires pour mettre en place des systèmes appropriés de passation des marchés publics qui soient fondés sur la transparence, la concurrence et des critères objectifs pour la prise des décisions et qui soient efficaces, entre autres, pour prévenir la corruption". La CNUDCI a tenu compte des dispositions de l'article 9-1 lorsqu'elle a rédigé la Loi type (voir le commentaire du Préambule [**hyperlien**]).

64. L'AMP de l'OMC[9] vise à ouvrir autant que possible les marchés publics à la concurrence internationale au moyen d'obligations de traitement national, de non-discrimination, de transparence et de libre concurrence. Il existe aussi au niveau régional des accords commerciaux et des directives sur la passation des marchés s'appliquant dans d'autres groupements économiques ou politiques d'États. La Commission a également tenu compte de ces dispositions en élaborant la Loi type.

---

entrée en vigueur le 14 décembre 2005. Le texte de la Convention est également disponible à l'adresse www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50027_F.pdf (page consultée en janvier 2011).

[9] Note à l'intention du Groupe de travail: La référence correcte au nouvel Accord sur les marchés publics sera ajoutée en temps voulu.

## A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.1 (Original: anglais)

## Note du Secrétariat concernant le Guide révisé pour l'incorporation qui accompagnera la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa vingt et unième session

ADDITIF

Le présent additif contient une proposition de remarques générales portant notamment sur l'application et l'utilisation, destinées à figurer dans un projet de guide révisé pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

# GUIDE POUR L'INCORPORATION DANS LE DROIT INTERNE DE LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LA PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS

## Première partie. Remarques générales

…

## E. Application et utilisation de la Loi type

### Éléments d'un système de passation de marchés

#### 1. La Loi type en tant que loi "cadre"

1. La Loi type vise à énoncer tous les principes et procédures essentiels à l'organisation des procédures de passation des marchés dans les divers types de circonstances que pourront rencontrer les entités adjudicatrices. Toutefois, il s'agit d'une "loi-cadre" n'énonçant pas toutes les règles qui peuvent être nécessaires pour mettre ces procédures en œuvre dans un État adoptant. En conséquence, une législation fondée sur la Loi type doit s'inscrire dans un système de passation de marchés cohérent et homogène comprenant des règlements, une infrastructure juridique complémentaire, des orientations et d'autres outils de renforcement des capacités.

#### 2. Règlements et autres textes législatifs à l'appui de la Loi type

2. Dans un premier temps, la Loi type suppose l'adoption par les États d'une réglementation complétant le cadre législatif du système de passation des marchés, à la fois pour préciser dans le détail les procédures autorisées par la Loi type, et pour tenir compte de la situation particulière de chacun, qui est susceptible d'évoluer (par exemple en ce qui concerne la valeur réelle des seuils de demande de prix, et la prise en compte des progrès techniques). En vertu de l'article 4 de la Loi type,

l'entité habilitée à promulguer les règlements en matière de passation des marchés doit être identifiée dans le texte même de la loi (on trouvera plus de précisions à ce sujet dans le commentaire relatif à cet article [**hyperlien**]).

3. En ce qui concerne le reste de l'infrastructure juridique, les procédures de passation de marchés visées par la Loi type soulèvent des points de procédure qui seront traités dans les règlements en matière de passation des marchés, mais les réponses à d'autres questions de droit se trouveront probablement dans d'autres branches du droit (droit administratif, droit des contrats, droit pénal et règles de procédure judiciaire). Les entités adjudicatrices peuvent devoir prendre en compte et appliquer la législation sur l'emploi et l'égalité, les exigences en matière d'environnement, voire d'autres exigences. L'approche suivie pour réglementer la passation de marchés devrait aussi respecter la tradition juridique et administrative de l'État adoptant, de manière à ce que le système fonctionne dans le cadre d'un ensemble de règles cohérent. Les États adoptants renforceront l'efficacité de leur système de passation de marchés dans la mesure où les différentes questions de droit et d'application seront clairement diffusées et que leur interaction avec le droit des marchés publics sera bien comprise.

4. Des considérations spécifiques concernant la passation électronique des marchés sont examinées à la section ** ci-dessous [**hyperlien**].

### 3. Orientations complémentaires à l'appui du cadre juridique

5. Toutes les questions qui se posent dans le processus de passation de marchés ne pourront pas être résolues juridiquement, notamment par le biais d'une réglementation; l'application effective et l'efficacité opérationnelle de la Loi type seront renforcées par la publication de règles internes, de notes explicatives et de manuels. Ces documents pourront avoir pour effet de normaliser les procédures, d'harmoniser les spécifications et les conditions contractuelles et de renforcer les capacités.

6. Les règles et notes explicatives sur tous les aspects de la passation de marchés se trouveront elles-mêmes renforcées par des formulaires standard et des documents types. Une combinaison de toutes ces mesures s'est avérée efficace dans la pratique. Les organisations internationales et régionales utilisent des manuels et documents standard et d'autres instances participent activement à la réforme de la passation des marchés, tant dans les systèmes qu'elles recommandent que dans leurs propres systèmes internes. On trouve des ressources portant sur les pratiques optimales, des documents standard et d'autres orientations dans [**références, hyperliens**].

7. En traitant le système de passation de marchés dans sa globalité, on pourra acquérir la capacité de le faire fonctionner. Il s'agit là d'un point important car la Loi type prévoit que les responsables de la passation de marchés auront un pouvoir discrétionnaire limité tout au long du processus, notamment pour la définition des critères de qualification, de conformité et d'évaluation et pour le choix de la méthode de passation (voire, dans certains cas, des modalités de sollicitation).

8. La Loi type exige que certaines questions fassent l'objet de règlements (voir le commentaire relatif à l'article 4, [**hyperlien**]), mais les États adoptants sont en outre encouragés à appuyer la Loi type par le biais de règlements de portée suffisante et d'autres règles complémentaires et/ou notes explicatives qui en rendent

l'application efficace. On trouvera sur le site Web de la CNUDCI des recommandations sur le contenu de ce type de documents complémentaires.

9. Une procédure qui n'est pas expressément mentionnée dans la Loi type, mais qui constitue un bon moyen d'appuyer la réalisation de ses objectifs, est le retour d'information. Elle est examinée dans le commentaire relatif à l'article 22 [**hyperlien**]. Le retour d'information est un processus informel consistant, le plus souvent pour l'entité adjudicatrice, à indiquer à un fournisseur ou à un entrepreneur dont la soumission n'a pas été retenue les raisons de cet échec.

### 4. Appui institutionnel et administratif pour la Loi type

10. La Loi type part aussi du principe que l'État adoptant dispose ou disposera des structures institutionnelles et administratives appropriées et du personnel nécessaire pour gérer et administrer les procédures de passation de marchés qui y sont décrites. On notera toutefois qu'en adoptant la Loi type, un État ne s'engage pas à mettre sur pied une structure administrative particulière. Les paragraphes qui suivent résument les types d'appuis envisagés en relation avec la Loi type.

#### 1. Appui administratif

11. Au niveau administratif, une relation adéquate entre une bonne gestion des finances publiques et la passation des marchés est un signe de bonne gouvernance. Elle est aussi nécessaire pour assurer le respect de la Convention contre la corruption (en particulier de son article 9 [**hyperlien**]). Les exigences et procédures en matière d'établissement des budgets pouvant se trouver dans diverses sources, les États adoptants veilleront à ce que les entités adjudicatrices sachent quelles sont leurs obligations en la matière, notamment si des crédits doivent être ouverts pour qu'une procédure de passation de marchés puisse commencer et si ces obligations font par définition partie du système de passation des marchés.

12. Au niveau macroéconomique, l'intervention de l'État en tant qu'acheteur peut avoir pour conséquence pratique une concentration du marché et une réduction du nombre de fournisseurs participants, en particulier lorsque les achats effectués représentent un pourcentage élevé du marché en volume ou en valeur. Dans le cas extrême, des oligopoles ou des monopoles peuvent être ainsi créés ou perpétués. Les entités adjudicatrices, qui prennent des décisions au niveau microéconomique, ne seront généralement pas en mesure de considérer l'impact macroéconomique à long terme. C'est pourquoi il importe d'assurer la communication d'informations et la coopération entre l'organisme chargé de superviser la passation des marchés publics (tel qu'un organisme public de passation de marchés, comme évoqué à la section suivante [**hyperlien**]) et celui responsable de la politique en matière de concurrence. Ce dernier peut veiller à prévenir la collusion, le trucage des offres et la concentration dans la passation des marchés publics et autres.

13. Comme il est indiqué dans le commentaire relatif à l'article 21 [**hyperlien**], la Loi type prévoit que le fait de proposer des incitations, d'avoir un conflit d'intérêts ou un avantage concurrentiel injuste entraîne l'exclusion du fournisseur ou de l'entrepreneur concerné de la procédure de passation de marchés. Comme il est aussi noté dans le commentaire, les États adoptants voudront peut-être adopter un système de sanctions, qui peut prévoir une exclusion temporaire ou permanente des procédures de passation de marchés futures (et peut être appelé

procédure administrative de suspension ou d'exclusion dans certains systèmes). Il faut qu'existe une coordination des procédures, y compris pour les garanties de régularité de la procédure et les mécanismes de transparence, entre les instances susceptibles d'invoquer une suspension ou une exclusion. Il faut en outre que les informations relatives à tout fournisseur ou entrepreneur faisant l'objet d'une procédure de suspension ou d'exclusion soient mises à la disposition de toutes les instances concernées.

14. Les États adoptants voudront peut-être aussi se poser la question de savoir si le pouvoir de faire exécuter des décisions en matière de concurrence et de passation de marchés serait exercée plus efficacement de façon centralisée ou décentralisée.

### 2. Appui institutionnel

15. Au niveau institutionnel, l'État adoptant jugera peut-être souhaitable de créer un organisme public de passation de marchés ou une autre autorité ou instance qui aidera à l'application des règles, politiques et pratiques de passation de marchés auxquelles s'applique la Loi type. Une telle instance pourrait notamment exercer les fonctions suivantes:

a) *Veiller à l'application effective de la législation et de la réglementation sur la passation des marchés*. Il peut s'agir de la question des règlements en matière de passation des marchés visée à l'article 4 de la Loi type [**hyperlien**], du code de conduite visé à l'article 26 [**hyperlien**], du contrôle de l'application de la législation et de la réglementation sur la passation des marchés, de la formulation de recommandations pour leur amélioration, de leur interprétation, et du traitement des conflits d'intérêts et autres problèmes susceptibles d'entraîner des sanctions ou autres mesures d'exécution;

b) *Rationaliser et normaliser la passation des marchés et les pratiques en la matière*. Il peut s'agir de coordonner la passation de marchés par les entités adjudicatrices et d'élaborer des documents standard, comme noté ci-dessus. Cette fonction peut être particulièrement productive lorsque l'État adoptant cherche à renforcer la participation des petites et moyennes entreprises (PME) au processus de passation des marchés;

c) *Contrôler la passation des marchés et le fonctionnement de la législation et de la réglementation en la matière en tenant compte des grandes orientations politiques nationales*. Il peut s'agir d'examiner l'incidence de la passation de marchés sur l'économie nationale (notamment de contrôler la concentration de certains marchés et les risques pour la concurrence, en coopération avec les instances chargées de la concurrence, comme il est noté plus haut [**hyperlien**]), d'analyser les coûts et avantages de la poursuite d'objectifs socioéconomiques au moyen de la passation de marchés, d'émettre un avis concernant les effets de certains marchés sur les prix et d'autres facteurs économiques [et de vérifier qu'un marché donné cadre avec les programmes et politiques du gouvernement];

d) *Renforcer les capacités*. L'instance pourrait également avoir pour fonction de former les agents chargés de la passation des marchés et les autres fonctionnaires intervenant dans l'administration du système de passation des marchés. Un élément clef d'un système efficace fondé sur la Loi type est la mise en place d'un groupe de responsables de la passation des marchés d'un grand professionnalisme, en particulier aux niveaux les plus élevés des entités

adjudicatrices, où sont prises les décisions cruciales. Le fait de considérer la passation de marchés comme une fonction technique plutôt qu'administrative, et de mettre les responsables sur un pied d'égalité avec d'autres professionnels de la fonction publique (ingénieurs, avocats, etc. et membres des comités d'appel d'offres) présente des avantages attestés aux niveaux régional et international, pour ce qui est tant de prévenir la corruption que d'assurer l'économie ou un bon rapport qualité-prix [**hyperliens**][1]. Il existe au niveau international divers organes spécialisés dans la certification et la formation des agents chargés de la passation des marchés. On trouvera des informations à ce sujet aux adresses [**hyperliens**]. Les programmes de renforcement des capacités devraient être adaptés aux besoins spécifiques, et tenir compte des moyens existants, des besoins en matière de développement et de l'acquisition à terme de compétences plus approfondies. Les capacités doivent aussi être renforcées dans le secteur privé pour assurer que fournisseurs et entrepreneurs connaissent le système de passation de marchés et puissent y participer, surtout lorsque l'État adoptant cherche à encourager la participation de nouveaux venus, y compris de PME ou de groupes traditionnellement défavorisés;

e) *Aider et conseiller les entités adjudicatrices et les agents chargés de la passation des marchés*. Ces agents peuvent en effet avoir besoin d'indications pour rédiger les documents internes utilisés par l'entité adjudicatrice et interpréter certains points du droit et de la réglementation, ou pour déterminer s'il existe ailleurs dans l'État adoptant des spécialistes des marchés portant sur des biens ou services hautement spécialisés ou complexes. Il se peut que des conseillers aient déjà donné des conseils techniques ou juridiques au gouvernement ou à l'entité adjudicatrice concernée, mais les responsables de la passation voudront peut-être demander à l'instance si les décisions qu'ils envisagent (par exemple le recours à une autre méthode de passation ou à la sollicitation directe) sont conformes au cadre législatif. Comme il est noté plus bas [**hyperlien**], les conseillers ne pourront exercer correctement leur fonction s'ils sont aussi chargés de faire exécuter les décisions;

f) *Assurer la fonction de certification*. Dans certains cas, tels que les marchés complexes ou portant sur des sommes importantes, l'organisme pourrait aussi être habilité à examiner la procédure de passation pour en garantir la conformité avec la Loi type et les règlements de passation des marchés avant que le marché ne soit attribué ou n'entre en vigueur.

16. Pour ce qui est du renforcement des capacités, de nombreux systèmes de passation de marchés prévoyaient, par le passé, le recours à un système d'approbation préalable, selon lequel certaines mesures et décisions importantes des responsables de la passation étaient soumises à des mécanismes d'approbation préalable, approbation qui devrait être donnée par une instance extérieure à l'entité adjudicatrice. Un tel système présente l'avantage de favoriser la détection d'erreurs et de problèmes avant que certaines mesures et décisions définitives ne soient prises. Il peut en outre contribuer à l'uniformisation du système national de

---

[1] Note à l'intention du Groupe de travail: Il sera fait référence aux documents pertinents publiés par des organisations internationales, notamment les banques multilatérales de développement, des organisations régionales comme l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), ou d'autres organismes le cas échéant.

passation de marchés et s'inscrire dans le cadre du renforcement des capacités en raison de la justification et de l'examen des décisions ou mesures concernées. Son usage recule toutefois. De nombreux organismes donateurs qui s'occupent de la réforme de la passation des marchés et du renforcement des capacités n'encouragent plus son utilisation. En effet, le recours à un tel système semble empêcher l'acquisition à long terme de capacités de décision et risque de diluer les responsabilités.

17. C'est pourquoi l'exigence d'approbation extérieure n'est pas envisagée dans la plupart des circonstances visées dans la Loi type, d'autant plus que l'utilisation des méthodes de passation qui y sont prévues est soumise à des conditions précises. Dans l'appel d'offres en deux étapes et certains cas de sollicitation d'une source unique (cas d'urgence) par exemple, l'exigence d'approbation extérieure peut être particulièrement inadaptée pour cette raison (voir le commentaire relatif à ces méthodes de passation [**hyperlien**]). Mais la Loi type prévoit la possibilité du recours à un mécanisme d'approbation extérieure aux articles 23 et 30, comme il est expliqué plus en détail dans le commentaire relatif à ces articles [**hyperlien**]. Une autre méthode consiste à contrôler les pratiques de passation des marchés uniquement par une vérification a posteriori, notamment par un audit ou une évaluation, approche qui peut permettre aux responsables de la passation d'améliorer leur aptitude à prendre des décisions. Par ailleurs, grâce aux mécanismes de communication d'informations, les décisions peuvent être évaluées aux niveaux macro et micro.

18. On trouve des références à l'approbation extérieure à l'article 30 [**hyperlien**] de la Loi type comme option dans le cas d'une demande de propositions avec dialogue et d'une sollicitation d'une source unique, visant à promouvoir une politique socioéconomique, comme l'explique le commentaire relatif à ces méthodes de passation [**hyperliens**]. Par ailleurs, l'entrée en vigueur du marché peut aussi être soumise à une approbation préalable en vertu de l'article 23 [**hyperlien**], comme l'explique le commentaire relatif à cet article [**hyperlien**].

19. S'il décide d'opter pour une exigence d'approbation, l'État adoptant devra veiller à ce que l'exigence d'approbation préalable soit spécifiée dans la législation sur la passation de marchés. Il devrait aussi désigner le ou les organismes chargés de délivrer les diverses approbations et de définir les pouvoirs conférés à cet égard. Une fonction d'approbation peut être confiée à un organe ou une autorité totalement indépendants de l'entité adjudicatrice (par exemple le ministère des finances ou du commerce ou une autorité des marchés publics) ou à un organe de contrôle distinct appartenant à l'entité adjudicatrice elle-même, comme il est expliqué plus avant à la section ** ci-dessous relative à la structure institutionnelle ([**hyperlien**]). Une décision d'approbation peut être contestée en vertu du chapitre VIII de la Loi type, à l'instar de toute autre décision prise dans le processus de passation.

20. Dans les cas où les entités adjudicatrices sont indépendantes de la structure gouvernementale ou administrative de l'État, telles que certaines entreprises commerciales appartenant à l'État, les États jugeront peut-être préférable que la fonction d'approbation, de certification ou d'orientation soit exercée par un organisme faisant partie de l'appareil administratif ou gouvernemental afin de veiller à ce qu'il soit dûment donné effet aux politiques nationales que vise à promouvoir la Loi type. Surtout, en ce qui concerne les fonctions d'approbation, il

faut que l'organisme puisse exercer ses fonctions de manière impartiale et efficace et soit suffisamment indépendant des personnes ou services intervenant dans la procédure de passation de marchés. Il est peut-être préférable que ces fonctions soient exercées par un comité et non par une seule personne, afin d'éviter tout risque d'abus de pouvoir.

21. La procédure relative à une exigence d'approbation devrait être claire et transparente, de manière à ce que l'on ne puisse pas invoquer cette exigence pour retarder le processus de passation. À cet égard, et s'il choisit un certain niveau d'approbation extérieure, l'État adoptant voudra certainement tenir compte des facteurs suivants: existence ou non d'un secteur public important doté de fonctions complexes et, s'il s'agit d'un État fédéral ou d'un État où l'accès aux autorités centrales est difficile, retards sensibles que peut entraîner une approbation extérieure.

22. Pour les types de passation de marchés pouvant être subordonnés à l'obtention d'une approbation extérieure, des indications de seuils ou autres orientations peuvent être utiles pour autoriser le recours à un mécanisme d'approbation préalable sans compromettre l'acquisition de capacités à terme, encore que les systèmes mixtes puissent entraîner une dilution des responsabilités lorsque les responsabilités décisionnelles sont partagées ou ne sont pas clairement attribuées. Toute décision tendant à interdire le recours à une méthode de passation particulière ou à rejeter l'attribution d'un marché devrait être justifiée et inscrite au procès-verbal de la procédure de passation de marché concernée, ainsi que dans les dossiers de l'instance d'approbation.

23. Une autre question est celle du contrôle et de l'exécution des décisions relatives à la passation de marchés. Une fonction de contrôle ne peut être efficace que dans la mesure où elle est exercée par une entité indépendante de celle qui prend la décision, c'est-à-dire l'entité adjudicatrice ou une instance d'approbation. Dans les systèmes où l'organisme public de passation ou autre autorité exerce des pouvoirs de décision, le contrôle pourrait être assuré par un organe national d'audit. De même, pour ce qui est de faire respecter les dispositions de la législation fondée sur la Loi type, l'application du chapitre VIII de la Loi type exige une fonction de recours indépendant (administratif ou judiciaire). Comme il est noté plus haut [**hyperlien**], une fonction de conseil sera compromise si les responsables de la passation des marchés hésitent à y recourir de peur qu'une mesure d'exécution soit prise sur la base des informations qu'ils fournissent lorsqu'ils demandent conseil.

24. La structure des instances chargées de fonctions d'administration, de recours, de contrôle ou d'exécution des décisions dans l'État adoptant et les fonctions précises qu'elles exerceront dépendront notamment des systèmes gouvernemental, administratif et juridique de cet État, qui varient considérablement d'un pays à l'autre. Le système de contrôle administratif de la passation de marchés devrait être conçu dans un souci d'efficacité et d'économie, et prévoir des contrôles pour assurer l'indépendance des membres de ces instances par rapport aux décideurs du gouvernement et des entités adjudicatrices. Tout système trop coûteux, demandant trop de travail à l'entité adjudicatrice ou aux participants à la procédure de passation ou entraînant des retards injustifiés, sera contre-productif. En outre, un contrôle excessif des décisions prises par les responsables de la procédure de passation de marchés pourrait dans certains cas empêcher ces derniers de travailler efficacement. Les États adoptants considèreront peut-être qu'en investissant dans un système qui

permet aux entités adjudicatrices d'avoir suffisamment de moyens et aux responsables de la passation de marchés d'être suffisamment formés et équipés, ils contribueront au bon fonctionnement de ce système et à la maîtrise des coûts du contrôle administratif.

### 5. Application des principes de la Loi type à toutes les étapes du cycle de passation de marchés: planification et administration des marchés

25. La Loi type indique les procédures essentielles de sélection des fournisseurs et entrepreneurs pour un marché donné, qui sont conformes aux objectifs décrits plus haut à la section ** [**hyperlien**], et prévoit un mécanisme de recours efficace en cas de non-respect des règles ou procédures. Elle ne traite pas de la phase de planification, ni de celle d'exécution des marchés. Ses dispositions n'abordent donc pas des questions comme la budgétisation, l'évaluation des besoins, les études de marché et les consultations, l'administration des marchés, le règlement des litiges liés à l'exécution ou la résiliation des marchés. La Commission reconnaît néanmoins l'importance de ces étapes pour le bon fonctionnement du système de passation dans son ensemble. L'État adoptant devra veiller à mettre en place des lois et des structures adéquates pour gérer ces étapes, faute de quoi les buts et objectifs de la Loi type risquent de ne pas être atteints.

26. En ce qui concerne la planification des marchés, les règles internationales et régionales de la passation encouragent désormais la publication d'informations sur les possibilités de marchés à venir et il arrive que des États adoptants exigent dans leur droit administratif que ces informations soient publiées. D'autres systèmes abrègent les délais de publicité et de notification concernant une passation lorsque ces informations ont déjà été publiées. Cette pratique présente généralement l'avantage d'améliorer la gestion, la gouvernance et la transparence dans la passation des marchés. Plus concrètement, elle encourage la planification des marchés et renforce la discipline dans les procédures de passation et peut réduire les cas, par exemple, de recours injustifié à des méthodes destinées aux situations d'urgence (si l'urgence est due à un manque de planification) et de segmentation des marchés pour éviter l'application de règles plus strictes. Cette pratique peut également être avantageuse pour les fournisseurs et entrepreneurs en leur permettant de définir les besoins, de planifier l'allocation des ressources nécessaires et d'entreprendre d'autres préparatifs en vue de participer à des marchés futurs. La Loi type encourage, mais n'exige pas, la publication d'informations sur les possibilités de marchés à venir, comme l'explique le commentaire relatif à l'article 6 [**hyperlien**].

27. La phase d'administration du marché, si elle est mal conduite, peut nuire à l'intégrité du processus de passation de marchés et compromettre les objectifs de la Loi type que sont le traitement équitable, la concurrence et la prévention de la corruption, par exemple si des modifications du marché augmentent considérablement le prix final, si une qualité inférieure est acceptée, si les retards de paiement sont habituels et si des litiges interrompent l'exécution du marché. Le Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé (2000) [**hyperlien**] contient des propositions détaillées pour l'administration des marchés complexes comportant un financement privé: nombre des commentaires faits dans cet instrument valent également pour l'administration de tous les marchés, en particulier pour les projets complexes.

### 6. Questions spécifiques liées à l'application et à l'utilisation de la méthode de passation de marchés en ligne

28. Comme il est noté à la section ** [**hyperlien**] ci-dessus, une grande partie des avantages liés à la passation de marchés en ligne découlent du surcroît de transparence. En effet, l'annonce des possibilités de marchés sur des portails Internet et la publication des règles et procédures de passation permettent de mettre à disposition, à un coût acceptable, une quantité d'informations pertinentes plus grande que ce n'était le cas dans l'environnement papier (pour plus de précisions, voir le commentaire relatif aux articles 5 et 6 ci-dessous [**hyperlien**]). Par ailleurs, la publicité en ligne permet à des fournisseurs de se porter candidats, de donner et de recevoir des informations et de soumissionner en ligne. Cela permet de faciliter l'accès au marché, qui est ainsi ouvert à des entrants éloignés qui, autrement, pourraient ne pas participer, et donc de renforcer la participation et la concurrence.

29. Les technologies de l'information et de la communication (TIC) peuvent accroître l'efficacité administrative en termes de temps et de coûts (les communications électroniques permettent de réduire les coûts administratifs liés à la consommation de papier et le temps d'envoi par rapport à celui d'un document papier). Les communications électroniques pendant la procédure de passation englobent la soumission d'offres en ligne. Parmi les autres outils de passation de marchés en ligne figurent les enchères électroniques inversées, les catalogues électroniques et les accords-cadres électroniques (voir le commentaire dans l'introduction des chapitres VI et VII [**hyperliens**]). Grâce à ces outils et à ces techniques, les procédures d'achat peuvent être conclues en quelques heures ou jours, plutôt qu'en quelques semaines ou mois.

30. Les processus automatiques peuvent aussi présenter des caractéristiques qui favorisent l'intégrité en réduisant l'intervention humaine dans le cycle de passation ainsi que les contacts personnels entre responsables de la passation et fournisseurs, qui constituent autant d'occasions de corruption. Les achats répétés peuvent être effectués au moyen de procédures standard et de documents accessibles à tous les utilisateurs du système par le biais des TIC, ce qui favorise l'uniformisation [cela génère des gains d'efficacité et favorise l'évaluation de la performance, en particulier lorsque le système de passation est intégré à ceux de planification, de budget, d'administration des marchés et de paiement (où la facturation et le paiement peuvent également se faire par voie électronique)].

31. Compte tenu de ce qui précède, l'approche générale de la Loi type concernant l'application et l'utilisation de la méthode de passation de marchés en ligne repose sur trois principes clefs. Premièrement, compte tenu des avantages potentiels de ce type de passation, et sous réserve de garanties appropriées, la Loi type facilite voire, lorsque cela se justifie et dans la mesure du possible, encourage son adoption et son utilisation. Deuxièmement, compte tenu de la rapidité des avancées technologiques et des différences de niveau de complexité technique existant entre les États, le texte est technologiquement neutre (c'est-à-dire qu'il ne recommande aucune technologie en particulier). Troisièmement, des indications plus détaillées doivent être fournies pour aider les États adoptants à mettre en place et à utiliser efficacement le système de passation en ligne.

32. Pour ce qui est de faciliter et d'encourager la passation de marchés en ligne, la Loi type prévoit la publication d'informations relatives à la passation sur Internet, l'utilisation des TIC pour la communication et l'échange d'informations tout au long du processus, la présentation de soumissions par voie électronique et le recours à des méthodes de passation facilitées par les TIC et Internet (en particulier les enchères électroniques inversées et les accords-cadres électroniques, y compris les catalogues électroniques). Les considérations détaillées relatives aux aspects spécifiques de la passation de marchés en ligne figurent dans les commentaires par article; dans les articles 5 et 6 sur la publication électronique [**hyperlien**], à l'article 40 sur les soumissions électroniques dans [**hyperlien**], au chapitre VI sur les enchères électroniques inversées dans [**hyperlien**] et au chapitre VII sur les accords-cadres électroniques, y compris les catalogues électroniques [**hyperlien**].

33. Pour ce qui est de la neutralité technologique, la Loi type ne recommande aucune technologie particulière mais décrit les fonctions des technologies disponibles (voir section ** ci-après [**hyperlien**]). Elle a été rédigée de manière à n'entraver le recours à aucune technologie en particulier. Des termes tels que "documents", "communication écrite" ou "preuve documentaire" désignent de plus en plus souvent l'ensemble des informations et documents (électroniques ou sur papier) dans les pays où le gouvernement et le commerce électroniques sont d'usage courant mais en ce qui concerne les autres pays, on peut partir du principe qu'il s'agit de documents papier. La Loi type est libellée de façon à ce que tous les moyens de communication, de transmission et de conservation de l'information puissent être utilisés dans une passation régie par une loi fondée sur ce texte. Par conséquent, ces termes ne doivent pas être interprétés comme impliquant un environnement papier. En outre, la Loi type ne contient aucune référence ni condition de forme présupposant un environnement papier (voir aussi les commentaires relatifs à l'article 7 sur les communications dans la passation des marchés, et à l'article 40 sur la présentation des offres [**hyperliens**]).

34. Pour ce qui est des orientations sur la manière d'introduire et de faire fonctionner correctement un système de passation de marchés en ligne, on comprendra aisément, au vu des paragraphes précédents, que la réforme ne consistera pas simplement à numériser les pratiques existantes: si l'on se contente de remplacer les communications papier par des courriers électroniques et des communications par Internet et d'annoncer les possibilités de marchés sur un site Web, nombre des avantages mentionnés ci-dessus ne se matérialiseront pas. En outre, les faiblesses du système de passation traditionnel se retrouveront dans son successeur numérique. Revoir l'ensemble du système de manière à introduire la passation de marchés en ligne nécessite des investissements importants, mais c'est aussi l'occasion de réformer le processus dans son intégralité, de renforcer les normes de gouvernance et d'exploiter pleinement les avantages des TIC.

35. Pour ce qui est de la mise en place d'un système en ligne, la capacité de chaque État à faire fonctionner et utiliser efficacement un tel système dépend de l'existence des infrastructures de commerce électronique et des autres ressources nécessaires, notamment de mesures respectant la sécurité électronique, et de l'adéquation de la loi applicable qui autorise et réglemente le commerce électronique. L'environnement juridique général d'un État (plutôt que sa législation relative aux marchés) peut favoriser ou non la passation de marchés en ligne. Par

exemple, des lois régissant l'utilisation des communications écrites, les signatures, les caractéristiques d'un document original et la recevabilité des éléments de preuve devant un tribunal peuvent ne pas suffire à assurer la fiabilité de la passation des marchés en ligne. Même si ces questions ne diminuent en rien l'attrait de ce type de passation, l'issue peut être imprévisible et les résultats commerciaux ne seront pas optimaux.

36. Pour régler cette question, il convient dans un premier temps de déterminer si la réglementation générale sur la passation de marchés en ligne, ou l'autorisation d'y recourir, doivent figurer dans la loi sur la passation des marchés ou dans le droit administratif général d'un État adoptant. Comme il est noté dans la section ** ci-dessus [**hyperlien**], la Loi type ne constitue pas une marche à suivre complète de la passation de marchés: la planification et l'administration des marchés, ainsi que l'infrastructure générale d'appui, sont traitées dans d'autres textes. Même si la Loi type prévoyait la reconnaissance générale des documents et des communications électroniques, elle ne couvrirait pas l'ensemble des documents, échanges d'informations et communications du cycle de passation et il pourrait y avoir des conflits avec d'autres textes juridiques relatifs au commerce électronique. C'est pourquoi la solution retenue dans la Loi type consiste à s'appuyer sur la législation des États adoptants, notamment la législation générale sur le commerce électronique, pour autoriser la passation de marchés en ligne, en l'adaptant si nécessaire aux besoins précis de la passation. Les États adoptants devront donc commencer par déterminer si leur législation générale sur le commerce électronique autorise la passation de marchés en ligne.

37. À cette fin, les États adoptants voudront peut-être adapter la série de textes publiés par la CNUDCI sur le commerce électronique, à savoir la Loi type sur le commerce électronique (1996), la Loi type sur les signatures électroniques (2001) et la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux (2005) [**hyperliens/ajouter références des publications papier**][2]. Ces textes, qui portent reconnaissance générale du commerce électronique et des signatures électroniques, peuvent définir les conditions juridiques générales de l'utilisation de la passation de marchés en ligne dans le pays qui les adopte. Ils reposent sur ce que l'on appelle une "approche de l'équivalent fonctionnel" du commerce électronique, qui consiste à analyser les fonctions et l'objet des exigences imposées traditionnellement aux documents et procédures papier et à y satisfaire au moyen des technologies de l'information. Cette approche a également été suivie dans la Loi type pour les applications du commerce électronique propres à la passation de marchés.

38. Parce qu'elle est fonctionnelle, cette approche englobe la notion de neutralité technologique (décrite ci-dessus) et évite d'imposer à la passation de marchés en ligne des normes plus strictes que celles traditionnellement appliquées à la passation de marchés dans un environnement papier. Il est important de noter que des normes plus strictes décourageront l'utilisation de la passation en ligne et peuvent en accroître le coût, au risque d'en réduire ou d'en perdre les avantages potentiels. En outre, le système risquerait d'être paralysé si une technologie utilisée était temporairement indisponible. Un autre avantage de la neutralité technologique est qu'elle permet d'éviter les conséquences de la tendance naturelle à surréglementer

---

[2] Accessible à l'adresse: www.uncitral.org/uncitral/frn/uncitral_texts/electronic_commerce.html.

les nouveaux outils ou les nouvelles techniques de passation ou à adopter une démarche prescriptive, qui témoigne d'un manque d'expérience et de confiance dans l'utilisation de nouvelles technologies et rend leur adoption plus difficile que nécessaire.

39. Une autre conséquence de cette approche est que les termes "électronique", "signature", "par écrit", "moyens de communication" et "messages de données électroniques" ne sont pas définis dans la Loi type. Les définitions des principaux termes nécessaires pour assurer l'efficacité des opérations de commerce électronique figurent cependant dans les textes de la CNUDCI sur le commerce électronique, mentionnés précédemment. Par exemple, à l'article 2 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, le terme "message de données" est défini comme "l'information créée, envoyée, reçue ou conservée par des moyens électroniques ou optiques ou des moyens analogues, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex et la télécopie" [**hyperlien**]. La Loi type elle-même traite de questions propres à la passation de marchés qui ne sont pas couvertes par la législation générale sur le commerce électronique, telles que la nécessité de connaître le moment précis de la réception des offres électroniques et l'importance d'empêcher l'accès à leur contenu avant la date d'ouverture prévue [**renvoi et hyperliens vers les commentaires par article**].

40. L'adoption de la méthode de passation de marchés en ligne nécessite également que l'on élimine les obstacles à son utilisation. Ces obstacles peuvent être d'ordre logistique et/ou technologique. Même si de nombreux gouvernements effectuent maintenant au moins une partie de leurs activités en ligne, on ne peut présumer dans tous les cas que l'accès à Internet est fiable: les infrastructures peuvent être insuffisantes et les technologies nécessaires peuvent ne pas être disponibles partout, surtout s'il s'agit de nouvelles technologies et d'infrastructures d'appui encore insuffisamment répandues ou hors de portée des PME.

41. En effet, le recours aux TIC peut entraver l'accès au marché dans certaines circonstances et compromettre le plein fonctionnement de la passation de marchés en ligne. Le problème peut être temporaire et se poser de manière directe et générale (par exemple lorsque l'approvisionnement en électricité ou l'accès aux services à large bande est peu fiable, ou lorsque la validité juridique des documents électroniques laisse à désirer), ou peut être une conséquence indirecte de la passation en ligne et être limité à certains fournisseurs, par exemple des PME et petits fournisseurs qui n'ont pas les ressources nécessaires pour avoir une connexion Internet assez rapide ou pour participer à des contrats plus importants, que la passation en ligne peut encourager. La Loi type prévoit des garanties pour parer à ces risques et obstacles, qui font l'objet des paragraphes [**] du commentaire relatif à l'article 7 [**hyperlien**].

42. En ce qui concerne la mise en place des systèmes de passation, une des premières questions qui se pose est celle de la structure et du financement. Certains systèmes sont conçus de manière à s'autofinancer par le recours à la sous-traitance à un tiers, qui facture un certain montant aux fournisseurs qui les utilisent. Cette approche est de plus en plus courante avec l'avènement des systèmes de passation en ligne. La sous-traitance peut être efficace sur le plan administratif, en particulier lorsque des systèmes informatiques spécialisés doivent être conçus, gérés et administrés, mais elle peut comporter des risques. Des commentateurs ont observé

que la participation et la concurrence diminuaient lorsqu'un droit était perçu et que des conflits d'intérêts institutionnels risquaient de voir le jour (c'est-à-dire que l'instance ou l'organe qui gère le système cherche à augmenter ses revenus en encourageant les entités adjudicatrices à le surutiliser [**hyperliens**]). Ces risques peuvent être accrus si la conception du système est sous-traitée à ceux qui le géreront de façon à permettre son introduction rapide et à bas coût. Par conséquent, les États adoptants qui envisagent un programme de réforme englobant la passation de marchés en ligne voudront certainement examiner les coûts et les avantages des systèmes autofinancés et de la sous-traitance de certains éléments du système de passation.

43. Une question connexe est celle de l'utilisation par les entités adjudicatrices de systèmes d'information exclusifs et de logiciels spécialisés pour la passation en ligne. L'accès au marché est renforcé si ces entités autorisent tous les fournisseurs potentiels à participer gratuitement à la procédure. Mais il se peut qu'elles soient contraintes de récupérer le coût d'investissement de leur système de passation en ligne (y compris les frais de gestion) et ne voient d'autre issue que d'en facturer l'utilisation aux participants.

44. Par conséquent, la Loi type n'exige pas des entités adjudicatrices qu'elles permettent à tous les fournisseurs potentiels de participer gratuitement à la procédure en ligne, mais elle les y encourage fortement. Les États adoptants voudront peut-être envisager d'utiliser des logiciels disponibles dans le commerce ou libres ou d'autres technologies d'information non exclusives dans leurs systèmes de passation de marchés en ligne, sous réserve que ces derniers n'imposent pas de restrictions inutiles ou n'entravent autrement l'accès au marché. Si tel n'est pas encore le cas, les États adoptants voudront peut-être se conformer aux exigences d'interopérabilité prévues dans l'AMP de l'OMC [**hyperlien**], ou dans des accords commerciaux régionaux, dont bon nombre comportent des exigences similaires.

45. S'agissant du fonctionnement des systèmes de passation de marchés en ligne, pour que fournisseurs et entrepreneurs acceptent d'utiliser de tels systèmes, il faut que le public ait confiance en leur sécurité. Une telle confiance nécessite une authentification adéquate des fournisseurs, une technologie suffisamment fiable, un système préservant les soumissions et un niveau de sécurité suffisant pour que les informations confidentielles fournies par les fournisseurs le restent, notamment vis-à-vis de leurs concurrents, et ne puissent être utilisées de manière inappropriée. Il est particulièrement important que ces qualités soient visibles lorsque ce sont des tiers qui exploitent le système concerné. Celui-ci doit au minimum contrôler quelles informations ont été transmises ou rendues disponibles, par qui, à qui et quand (y compris la durée de la communication), et permettre de reconstituer la suite des événements. Il doit offrir une protection adaptée contre les actions non autorisées visant à perturber le cours normal d'une procédure de passation des marchés publics. La transparence propre à instaurer la confiance sera renforcée si toutes les mesures de protection pouvant avoir des incidences sur les droits et obligations des entités adjudicatrices et des fournisseurs potentiels sont portées à la connaissance du public ou du moins énoncées dans le dossier de sollicitation.

46. Il convient également d'appliquer les principes de l'équivalence fonctionnelle et de la neutralité technologique évoqués ci-dessus aux garanties dans le cadre de la passation de marchés en ligne. Par exemple, des garanties s'appliquant

spécifiquement aux communications électroniques ou à la confidentialité des soumissions établiraient inévitablement des normes de sécurité et de préservation de l'intégrité des données plus élevées que celles applicables aux communications papier (car il n'existe guère de normes de ce genre dans l'environnement papier), et elles ne tiendraient peut-être pas compte des risques liés de tout temps aux communications papier.

47. La première garantie consiste à assurer l'authentification des communications, c'est-à-dire à faire en sorte que l'on puisse remonter au fournisseur ou à l'entrepreneur qui en est l'auteur, ce qui se fait généralement au moyen de signatures électroniques et de systèmes de gestion des obligations et responsabilités en matière d'authentification. Les règles pertinentes peuvent être propres à un système de passation donné ou figurer dans la législation générale de l'État régissant les systèmes électroniques. Le concept de neutralité technologique signifie en pratique que les systèmes de passation ne devraient pas se limiter automatiquement à une seule technique d'authentification. Certains systèmes de ce type se fondent sur une obligation de certification locale. Par conséquent, pour éviter que les systèmes de passation en ligne ne soient utilisés pour restreindre l'accès à la procédure de passation, le système doit permettre la reconnaissance des certificats étrangers et des exigences d'authentification et de sécurité associées indépendamment du lieu d'origine des signatures (comme le recommandent les textes de la CNUDCI sur le commerce électronique). À cet égard, les États adoptants devront déterminer quelles communications, telles que soumissions ou autres offres, nécessitent une authentification intégrale, d'autres mécanismes destinés à instaurer la confiance entre l'entité adjudicatrice et les fournisseurs pouvant suffire pour d'autres communications. Cette approche n'est pas nouvelle: la Loi type de 1994 prévoyait déjà des exigences différentes en fonction du degré d'importance des communications dans le processus de passation, distinction qui a été préservée dans la Loi type (voir article 7 [**hyperlien**]).

48. Une autre exigence concerne l'intégrité. Il s'agit de protéger les informations de toute modification, de tout ajout ou de toute manipulation, ou au moins de pouvoir déceler toute modification, tout ajout ou toute manipulation et en déterminer l'origine. Cette exigence va de pair avec celle de sécurité, en ce sens que les documents pour lesquels les délais sont importants, tels que les offres, ne doivent pas être accessibles avant la date d'ouverture prévue. Ces questions sont examinées plus en détail dans les indications relatives à la soumission électronique des offres en vertu de l'article 40 [**hyperlien**], où elles ont toute leur importance. Les États adoptants voudront peut-être aussi examiner les exigences fonctionnelles et techniques des systèmes d'appels d'offres électroniques par rapport aux normes fixées par un groupe de travail des banques multilatérales de développement, que l'on peut consulter sur le site Internet du groupe [**hyperlien**].

49. Un avantage potentiel à long terme, tout aussi important, de l'utilisation des TIC est qu'elle permet une approche plus stratégique de la passation de marchés. Grâce à l'exploitation des données générées par les TIC, on peut orienter la réalisation des objectifs et le fonctionnement du système en se basant sur des informations et des analyses plutôt que sur les seules procédures. On peut aussi tirer parti de la transparence interne, de l'appui à l'intégrité et des gains d'efficacité. Grâce à la transparence interne et à la traçabilité – c'est-à-dire un meilleur suivi de

chaque procédure – il est possible de suivre, d'évaluer et d'améliorer non seulement des procédures individuelles, mais aussi le fonctionnement et l'évolution du système tout entier.

50. La CNUDCI reconnaît que, pour mettre en place un système de passation en ligne pleinement intégré comprenant la budgétisation et la planification, la procédure de sélection ou d'attribution, les systèmes de gestion des contrats et de paiement, et le relier à d'autres systèmes de gestion des finances publiques, il faut des réformes importantes. Différentes considérations entrent en ligne de compte à chaque étape du processus de passation et dans le cadre de l'intégration avec d'autres éléments du système global. Dans la pratique, de nombreux systèmes de passation en ligne ont mis des années avant de produire tous les avantages qui en étaient attendus. Et la mise en œuvre la plus efficace s'est souvent faite de manière progressive, ce qui peut aussi contribuer à amortir les coûts d'investissement. Toutefois, des avantages importants en termes de renforcement de la transparence et de la concurrence peuvent apparaître dès les premières étapes de la mise sur pied d'un tel système, qui mettent en général l'accent sur la mise à disposition des informations sur Internet.

## F. Structure de la Loi type

51. La Loi type comprend huit chapitres.

52. Les chapitres I et II contiennent des dispositions d'application générale et définissent les grands principes et les procédures selon lesquels doit fonctionner le système envisagé dans la Loi type. Le chapitre premier définit la manière dont les objectifs énoncés dans le Préambule doivent être réalisés, en réglementant certaines questions telles que l'obligation de veiller à ce que toutes les conditions de la passation (notamment les règles applicables, l'objet du marché, les personnes susceptibles de participer et la manière dont les soumissions conformes et le fournisseur retenu sont déterminés) soient déterminées et publiées à l'avance. Il traite également des exigences institutionnelles et administratives, telles que la question des règlements et de la tenue d'un procès-verbal, qui sont nécessaires au bon fonctionnement du système de passation dans son ensemble. Le commentaire figurant dans l'introduction du chapitre premier et le commentaire relatif aux différents articles fournissent des détails complémentaires sur les principes généraux et leur application [**hyperlien**].

53. Les dispositions relatives au choix de la méthode de passation, décision capitale pour les étapes de la sélection et de l'attribution du cycle de passation, se trouvent dans la première partie du chapitre II. La Loi type couvre toute une gamme de méthodes de passation, ce qui reflète l'évolution qui a eu lieu dans ce domaine et dans la pratique des gouvernements en la matière ces dernières années. Le nombre de méthodes prévues reflète l'opinion de la Commission selon laquelle le meilleur moyen d'atteindre les objectifs de la Loi type est de fournir aux États une série d'options parmi lesquelles ils peuvent choisir en fonction des différentes situations, sous réserve que les conditions d'utilisation de la méthode retenue soient remplies. La possibilité de choisir entre plusieurs méthodes de passation permet aux États d'adapter les procédures à l'objet du marché et aux besoins de l'entité adjudicatrice, ce qui peut aboutir à un maximum d'économie et d'efficacité dans la passation des

marchés et promouvoir la concurrence. On trouvera des détails complémentaires à ce sujet dans le commentaire relatif à la première partie du chapitre II et sous les méthodes de passation elles-mêmes [**hyperliens**].

54. La deuxième partie du chapitre II contient des dispositions relatives au mode de sollicitation prévu pour chaque méthode de passation. Elle vise à assurer que le principe clef de la Loi type, à savoir la transparence, est appliqué, comme il est expliqué plus en détail dans le commentaire relatif à cette partie du chapitre [**hyperlien**].

55. Les chapitres III à VII régissent les procédures concernant les différentes méthodes et techniques de passation prévues dans la Loi type. Comme il est noté à la section ** ci-dessus [**hyperlien** vers le commentaire relatif au rôle de la Loi type en tant que loi-cadre**], ces dispositions ne visent pas à fournir un ensemble complet de procédures pour chaque méthode ou technique, mais à définir un cadre les régissant et les principales étapes du processus. Elles sont donc censées être complétées par des règlements et orientations plus détaillés, exposés dans le commentaire relatif à chaque chapitre (pour ce qui est des règlements et orientations de manière générale, voir section ** ci-après et commentaire relatif à l'article 4 [**hyperliens**]).

56. Le chapitre VIII prévoit un ensemble de procédures permettant aux fournisseurs et entrepreneurs potentiels de contester des décisions prises pendant la passation d'un marché. Comme il est précisé dans le commentaire relatif à ce chapitre [**renvoi et hyperlien**], il existe de grandes différences entre les traditions administratives et juridiques des États adoptants en ce qui concerne les appels qui peuvent être interjetés des décisions administratives prises par ou pour le compte d'une administration. C'est pourquoi une certaine souplesse est ménagée et des indications sont données pour tenir compte de ces traditions sans remettre en cause le principe essentiel, à savoir l'existence d'une instance auprès de laquelle toutes les décisions du processus de passation, y compris le choix d'une méthode de passation, peuvent être contestées et, le cas échéant, faire l'objet d'un appel.

## A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.2 (Original: anglais)

## Note du Secrétariat concernant le Guide révisé pour l'incorporation qui accompagnera la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa vingt et unième session

ADDITIF

Le présent additif contient une proposition concernant le texte du Guide qui accompagnera le Préambule et une introduction au chapitre premier de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

# GUIDE POUR L'INCORPORATION DANS LE DROIT INTERNE DE LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LA PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS

## Préambule de la Loi type

1. L'inclusion dans la Loi type d'un énoncé des objectifs vise à faciliter l'interprétation et l'application de cette dernière. Cet énoncé ne crée pas en soi de droits ou d'obligations quant au fond pour les entités adjudicatrices ou les fournisseurs et entrepreneurs. Dans les États où il n'est pas d'usage d'inclure des préambules, il est recommandé que l'énoncé soit incorporé dans les dispositions mêmes de la Loi.

2. Les objectifs ne pourront être effectivement réalisés que grâce à des procédures cohérentes et homogènes fondées sur les principes qui les sous-tendent, à condition que le respect de ces derniers soit évalué et, si nécessaire, imposé. En incorporant dans sa législation nationale les procédures prévues dans la Loi type, un État adoptant crée un environnement dans lequel le public a davantage l'assurance que l'acheteur dépensera les fonds publics de manière responsable, avec l'obligation de rendre des comptes, et qu'il obtiendra ainsi le meilleur rapport qualité-prix. Il créera aussi, ce faisant, un environnement dans lequel les parties proposant de vendre à l'État auront la certitude qu'elles seront traitées équitablement et qu'il sera remédié aux abus. Les six éléments du Préambule sont examinés séparément ci-dessous.

### 1. Aboutir à un maximum d'économie et d'efficacité dans la passation des marchés

3. Le terme "économie" dans la passation des marchés désigne un rapport optimal entre le prix payé et d'autres facteurs, dont la qualité de l'objet du marché, et présuppose que les besoins de l'acheteur public seront effectivement satisfaits. Quant au terme "efficacité", il désigne une proportionnalité entre les fonds et le temps consacrés à la passation d'un marché et la valeur de ce marché. Il sous-entend par ailleurs que le coût du système de passation dans son ensemble doit aussi être proportionnel à la valeur de tous les marchés passés au moyen de ce système. Ces

notions peuvent être désignées par des termes différents dans d'autres systèmes (pour l'"économie" on rencontre souvent les termes "rapport qualité-prix" ou "meilleur rapport qualité-prix").

4. En ce qui concerne l'économie, la Loi type offre à l'entité adjudicatrice la possibilité de déterminer le meilleur rapport qualité-prix pour chaque passation de marché et de choisir la méthode de passation appropriée pour l'obtenir. Plus précisément, l'entité adjudicatrice jouit d'une grande liberté pour décider de ce qu'elle achète et d'un certain pouvoir discrétionnaire pour déterminer quelles seront les soumissions conformes à ses besoins (article 10 [**hyperlien**]), qui pourra participer et à quelles conditions (articles 9, 18 et 49 [**hyperliens**]) et quels seront les critères appliqués pour sélectionner la soumission à retenir (article 11 [**hyperlien**]).

5. L'article 11 [**hyperlien**] autorise également l'entité adjudicatrice à inclure, parmi les critères d'évaluation utilisés pour déterminer le fournisseur à retenir, un grand nombre d'éléments ayant trait à l'objet du marché, tels que le prix, le coût du cycle de vie et des éléments qualitatifs. Les critères liés à l'objet du marché peuvent également comprendre le coût de disposition (vente ou mise hors service). Les critères d'évaluation peuvent aussi inclure des critères socioéconomiques, qui peuvent eux-mêmes avoir trait aux incidences sociales et environnementales du marché. Voir ci-après la section ** dans les Remarques générales, et le commentaire relatif à l'article 11 [**hyperliens**], qui souligne que tous les critères d'évaluation doivent être communiqués préalablement dans le dossier de sollicitation. L'entité adjudicatrice a également la liberté de décider des coefficients de pondération qui seront appliqués aux différents éléments de ses critères d'évaluation, sous réserve, une fois encore, qu'elle les indique à l'avance.

6. La Loi type prévoit en outre plusieurs méthodes de passation, conçus pour correspondre aux divers types de marchés publics. Les cas envisagés comprennent les circonstances normales sans besoins spéciaux, pour lesquelles l'appel d'offres ouvert est obligatoire (voir article 28 et chapitre III [**hyperliens**]); la passation de marchés simples ou de faible valeur par le biais de l'appel d'offres restreint conformément aux articles 29 et 45 [**hyperliens**], de la demande de prix conformément aux articles 29 et 46, et des enchères électroniques inversées conformément à l'article 31 et au chapitre VI [**hyperliens**]; et la passation de marchés répétés ou indéterminés au titre d'accords-cadres conformément à l'article 32 et au chapitre VII [**hyperliens**]. La Loi type prévoit également la passation de marchés complexes aux articles 29, 30, 45 et 47 à 50 [**hyperliens**]) et la passation de marchés dans les situations d'urgence aux articles 30, 51 et 52 [**hyperliens**]. L'entité adjudicatrice peut choisir parmi les méthodes disponibles pour telle ou telle situation, celle qu'elle juge pouvoir maximiser l'économie et l'efficacité. Le commentaire relatif aux articles 27 et 28 [**hyperliens**] porte sur l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, insistant sur le fait que, lorsque plusieurs méthodes de passation sont possibles dans une situation, l'entité adjudicatrice doit s'efforcer, lors de son choix, de garantir le maximum de concurrence.

7. Ce pouvoir discrétionnaire est limité dans la mesure où l'entité adjudicatrice doit par la suite suivre les règles et procédures en vigueur pour appliquer les décisions prises, ceci afin d'éviter les abus et de garantir que la procédure permet, comme prévu, d'obtenir le meilleur rapport qualité-prix et de prévenir les abus et la corruption, comme expliqué plus en détail dans la section ** ci-dessus

[**hyperliens**]. Un élément clef supplémentaire à cet égard est le mécanisme rigoureux de transparence prévu dans la Loi type, qui permet notamment de contrôler les décisions pertinentes. La souplesse qu'offre la Loi type et l'exercice du pouvoir discrétionnaire présupposent un certain niveau de compétence et d'expérience chez les responsables de la passation du marché concerné. Les sections du présent Guide qui traitent du choix de la méthode de passation et la sollicitation dans le chapitre II [**hyperliens**] aideront les personnes chargées de concevoir et d'appliquer le système de passation des marchés à décider si certains aspects du pouvoir discrétionnaire susmentionné devraient être limités par des règles et orientations plus précises (par exemple lors du renforcement des capacités).

8. En ce qui concerne l'efficacité, la Loi type prévoit des procédures souples pour garantir que le temps et les fonds investis dans la passation de chaque marché sont proportionnels à la valeur de l'objet du marché. Par exemple, et comme indiqué dans la section ** des Remarques générales [**hyperlien**], elle prévoit pour les marchés simples ou de faible valeur ainsi que pour les marchés répétés ou indéterminés, la possibilité de recourir à l'appel d'offres restreint, à la demande de prix, aux enchères électroniques inversées et aux accords-cadres. Ces méthodes sont plus simples du point de vue de la procédure et peuvent être plus rapides à mettre en œuvre – en particulier s'il est fait appel à des moyens électroniques – que d'autres méthodes, notamment l'appel d'offres ouvert (qui est la méthode par défaut en vertu de la Loi type, comme expliqué dans le commentaire relatif aux articles 27 et 28 [**hyperliens**]). Les avantages de la passation de marchés électronique sont également examinés dans la section ** des Remarques générales [**hyperlien**]. Toutefois, du fait que ces autres méthodes peuvent être jugées moins transparentes et moins compétitives à certains égards que l'appel d'offres ouvert, leur utilisation est limitée aux cas énoncés aux articles 29, 31 et 32 [**hyperliens**] (et doit être justifiée dans le procès-verbal de la procédure de passation). On trouvera des orientations sur le recours à ces méthodes dans le commentaire relatif à chacune d'entre elle [**hyperliens**].

9. La Loi type impose la sollicitation ouverte en tant que règle générale (les éléments de la sollicitation ouverte et les raisons de cette règle sont expliqués dans le commentaire relatif à la deuxième partie du chapitre II [**hyperlien**]). La sollicitation directe, qui prévoit l'invitation d'un nombre limité de fournisseurs à participer, exige un travail administratif moins lourd et constitue un élément de plusieurs méthodes de passation (appel d'offres restreint, demande de prix, négociations avec appel à la concurrence et sollicitation d'une source unique) en vertu de l'article 34 [**hyperliens**]. La sollicitation directe est également possible dans le cadre d'une procédure de demande de propositions, mais seulement si une sollicitation restreinte est justifiée en plus du recours à cette méthode elle-même (voir article 35-2, et les orientations formulées sur la procédure de demande de propositions, [**hyperliens**]).

10. La Loi type offre également des outils visant à faciliter le contrôle de la procédure de passation, qui peuvent aussi permettre d'en évaluer l'efficacité (par exemple le rapport qualité-prix de chaque passation). Le principal outil de ce type est le procès-verbal de chaque procédure de passation exigé à l'article 25 [**hyperlien**]. Si les procès-verbaux sont établis électroniquement, il devient également possible d'évaluer l'efficacité de l'ensemble du système de passation des marchés, comme indiqué dans la section ** des Remarques générales

[**hyperlien**]. La procédure ainsi que les résultats de tout retour d'information et de toute contestation dans le cadre du chapitre VIII [**hyperliens**], qui devraient, dans le premier cas, et doivent, dans le second, figurer dans le procès-verbal, peuvent faciliter ce type d'évaluations.

### 2. Favoriser et encourager la participation des fournisseurs et entrepreneurs aux procédures de passation des marchés sans distinction de nationalité, et promouvoir ainsi le commerce international

11. Les procédures de passation de marchés étant censées appuyer et promouvoir le commerce international, la règle par défaut en vertu de la Loi type est qu'elles doivent être "ouvertes" à tous les fournisseurs potentiels indépendamment de leur nationalité. Il existe un nombre limité de circonstances dans lesquelles la participation internationale peut être restreinte (directement ou indirectement); ces circonstances sont énoncées aux articles 8 à 11 de la Loi type. Comme expliqué dans la section ** des Remarques générales [**hyperlien**], ces dispositions ont pour effet d'empêcher des restrictions à la participation fondées sur la nationalité, sauf dans les circonstances limitées prévues dans la Loi type. En vertu des dispositions pertinentes, la participation à une procédure de passation de marché peut être limitée aux participants nationaux (voir article 8 [**hyperlien**]) et les critères de qualification, la description ou les critères d'évaluation peuvent contenir des restrictions applicables aux participants étrangers ou qui les défavorisent directement ou indirectement (articles 9 à 11 [**hyperliens**]). Toutes ces restrictions sont toutefois soumises aux règlements relatifs à la passation des marchés ou à d'autres lois de l'État adoptant. Comme indiqué plus haut, les États adoptants devront tenir compte de toute obligation commerciale internationale concernant la participation internationale à la passation de leurs marchés s'ils veulent incorporer ces restrictions dans leur législation nationale.

12. Une participation internationale est encouragée par la règle relative à la publicité internationale qui est applicable par défaut à toutes les passations de marché, à quelques exceptions près, afin de permettre aux fournisseurs étrangers de connaître les possibilités de marchés. La publicité internationale et les exceptions à cette règle par défaut sont examinées dans le commentaire relatif à la deuxième partie du chapitre II [**hyperlien**].

13. Une large participation aux procédures de passation des marchés est une condition préalable à une véritable concurrence (et permet d'obtenir le meilleur rapport qualité-prix). C'est pourquoi les dispositions de la Loi type partent également du principe que la procédure de passation est ouverte à tous les fournisseurs potentiels sauf s'ils n'ont pas les qualifications requises (en vertu des articles 9 et 18 [**hyperliens**]). Un aspect central des critères de qualification prévus dans ces articles est qu'ils doivent être appropriés et pertinents dans les circonstances de la passation de marché concernée, afin de prévenir l'exclusion illégitime de fournisseurs. Une autre exception au principe de la participation ouverte est autorisée lorsque les circonstances de la passation justifient une restriction (comme expliqué en rapport avec la sollicitation ouverte et directe au paragraphe ** ci-dessus [**hyperliens**], et dans la deuxième partie du chapitre II [**hyperlien**], et, s'agissant de la présélection avec mise en concurrence, dans le commentaire relatif à l'article 49).

14. Le principe d'une participation publique et sans restriction est appliqué dans la Loi type en ce sens que la sollicitation directe (sauf dans les négociations avec appel à la concurrence et la sollicitation d'une source unique) ne signifie pas que l'entité adjudicatrice peut simplement choisir les fournisseurs qu'elle favorise et les inviter à participer. La Loi type exige que tous les fournisseurs sur le marché concerné soient invités à participer aux procédures d'appel d'offres restreint conformément à l'article 34-1 a) [**hyperlien**] et aux procédures de demande de propositions conformément à l'article 35-2 a) [**hyperlien**]). Lorsque l'entité adjudicatrice est autorisée à limiter le nombre de participants, dans les procédures d'appel d'offres restreint en vertu de l'article 34-1 b) [**hyperlien**] et dans les procédures de demande de propositions en vertu de l'article 35-2 b) [**hyperlien**]), le nombre doit être fixé et les participants sélectionnés de manière non discriminatoire. Enfin, dans les procédures de demande de prix visées à l'article 34-2 [**hyperlien**], au moins trois fournisseurs doivent être invités à participer. Ces exigences sont examinées en détail dans le commentaire relatif à l'introduction du chapitre IV [**hyperlien**]. Pendant la procédure de passation de marché, les fournisseurs qui y participent ont le droit de présenter des soumissions, lesquelles doivent être examinées et évaluées, comme il est expliqué plus en détail dans le commentaire relatif aux articles 9 et 18 et aux procédures appliquées pour chaque méthode dans les chapitres III à VII [**hyperliens**]).

15. La Loi type encourage également la participation de fournisseurs en exigeant que les conditions de la passation du marché soient définies et publiées dès le début de la procédure et soient, autant que faire se peut, objectives (voir également l'examen des autres éléments du Préambule, ci-dessous).

### 3. Promouvoir la concurrence entre fournisseurs et entrepreneurs pour la fourniture de l'objet du marché

16. La "concurrence" dans la passation de marchés signifie que tous les fournisseurs potentiels participent à un concours rigoureux pour avoir la possibilité de vendre des biens ou services à l'État ou qu'un nombre suffisant de fournisseurs soumissionne pour garantir l'existence d'un tel concours. Ainsi, la concurrence est le contraire de la collusion (lorsque plusieurs fournisseurs conviennent de ne pas se faire concurrence).

17. La méthode de passation doit être choisie de manière à "maximiser la concurrence" dans les circonstances de la passation de marché concernée (article 28 [**hyperlien**]). Dans la pratique, cette prescription signifie, comme il est expliqué dans la section précédente, qu'une large participation doit être permise de manière à créer les conditions nécessaires à une mise en concurrence. La Loi type exige aussi expressément qu'il y ait un nombre suffisant de participants pour garantir une véritable concurrence dans les enchères électroniques inversées (article 31-1 b) [**hyperlien**]), les appels d'offres restreints (article 34-1 b) [**hyperlien**]), les négociations avec appel à la concurrence (article 34-3 [**hyperlien**]) et les demandes de propositions avec dialogue (article 49-3 b) [**hyperlien**]), étant donné que dans ces méthodes l'entité adjudicatrice peut limiter le nombre de fournisseurs participant. Dans certaines circonstances toutefois, comme dans la passation de marchés très complexes, le meilleur moyen d'assurer la concurrence est la limitation du nombre de participants. Cette situation apparemment paradoxale survient lorsque le coût de la participation à la procédure est élevé – sauf s'ils

estiment avoir des chances raisonnables de remporter le marché à la fin du processus, les fournisseurs ne voudront pas y participer. Ces questions et les moyens d'assurer une véritable concurrence sur les marchés où le nombre d'acteurs est relativement peu élevé sont expliqués de manière plus détaillée dans le commentaire relatif à l'article 47 (demande de propositions sans négociation [**hyperlien**]) et dans les méthodes de passation visées au chapitre V [**hyperlien**].

18. Bien que le texte de la Loi type ne contienne que peu de références explicites à la notion de concurrence – la promotion de la concurrence y est implicite –, les mesures susmentionnées créent bien les conditions d'une véritable concurrence. Les fournisseurs accepteront en effet de rentrer en concurrence lorsqu'ils seront assurés qu'ils disposent de toutes les informations nécessaires pour soumettre leur meilleure offre et que leur soumission sera évaluée objectivement. Les mesures de la Loi type visant à assurer "l'intégrité, l'équité et la confiance du public dans le système" et à imposer un "traitement juste, égal et équitable" (objectivité) et "la transparence" (voir les sections suivantes) sont donc des exemples d'objectifs complémentaires.

19. Alors que les fournisseurs potentiels seront nombreux pour certaines passations, l'acquisition de biens et de services plus importants et plus complexes se fera normalement sur un marché plus limité avec un nombre plus faible d'acteurs, qui souvent se connaissent. Des oligopoles peuvent se créer dans le cas des achats récurrents ou des achats à long terme sur des marchés où le nombre de fournisseurs potentiels est faible. Sur ces marchés, le risque de collusion est plus élevé. Les mesures prévues dans la Loi type pour réduire ce risque sont notamment l'élargissement du marché par le biais de la publicité internationale, l'autorisation donnée aux fournisseurs étrangers de participer et l'échelonnement des achats publics pour éviter un resserrement ou une concentration excessive du marché: les avantages des économies d'échelle peuvent être annulés par les inconvénients des marchés à grande échelle, comme expliqué plus en détail dans l'introduction du chapitre VII [**hyperlien**]. Même si les lois et règlements en matière de passation des marchés peuvent imposer aux entités adjudicatrices une obligation de publicité et de procédure ouverte, les incidences macroéconomiques des achats publics devront être examinées au niveau central. Les États adoptants voudront peut-être contrôler l'ampleur de la concurrence réelle dans la passation des marchés publics par l'intermédiaire tant des organismes publics chargés de la passation des marchés que de ceux chargés de la concurrence (voir également la section ** des Remarques générales sur l'appui institutionnel à la Loi type [**hyperlien**]).

### 4. Garantir le traitement juste, égal et équitable de tous les fournisseurs et entrepreneurs

20. La notion de traitement juste, égal et équitable des fournisseurs dans la Loi type implique la non-discrimination et l'objectivité lors de la prise des décisions en matière de passation qui les concernent. La Loi type comporte plusieurs dispositions appliquant ces principes, qui visent à garantir que tous les participants connaissent les règles régissant la passation des marchés dans le système concerné et qu'ils ont la même possibilité de les appliquer. Ces dispositions comprennent l'exigence d'une participation ouverte aux procédures, sous réserve de quelques exceptions, comme expliqué dans la section ** ci-dessus [**hyperlien**]. Cette exigence est complétée par d'autres à l'article 9 [**hyperlien**], à savoir que les critères de qualification doivent être appropriés et pertinents dans les circonstances de la passation de

marché concernée, et à l'article 10 [**hyperlien**], à savoir que la description de l'objet du marché doit être objective, claire et complète, utiliser si possible des termes génériques et éviter la mention de marques de commerce ou de fabrique, etc. Avec les garanties prévues à l'article 11 [**hyperlien**] selon lesquelles les critères d'évaluation doivent avoir un lien avec l'objet du marché, ces dispositions visent à garantir que les fournisseurs se font concurrence sur un pied d'égalité. L'article 7 [**hyperlien**] sur les règles de communication a pour objet d'empêcher l'exclusion de fournisseurs par l'application discriminatoire de règles relatives à la forme ou aux moyens de communication. Les procédures prévues dans la Loi type visent également à assurer l'égalité et l'équité. La Loi type contient des règles sur la clarification des informations soumises (article 16 [**hyperlien**]), des règles visant à assurer l'objectivité des exigences concernant les garanties de soumissions (article 17 [**hyperlien**]), des procédures pour détecter les offres anormalement basses, qui ne peuvent pas autrement être rejetées comme telles (article 20 [**hyperlien**]), ainsi que des règles établissant que les offres tardives doivent être rejetées (article 40 [**hyperlien**]) et que les marchés doivent être attribués uniquement sur la base des critères préalablement communiqués (articles 11 et 22 [**hyperliens**], et appliqués dans les dispositions relatives aux procédures des chapitres III à VII [**hyperliens**]), soit à l'offre la plus basse ou à l'offre la plus avantageuse. À ce stade, le marché doit être attribué au fournisseur à retenir sauf s'il est jugé que ce dernier n'a pas les qualifications requises, a soumis une offre anormalement basse ou si la passation de marché est abandonnée (articles 19, 22 and 43 [**hyperlien**]). Enfin, tout fournisseur potentiel peut contester les décisions de l'entité adjudicatrice en vertu du chapitre VIII [**hyperlien**], y compris celle de l'exclure de la passation.

### 5. Promouvoir l'intégrité et l'équité du processus de passation des marchés et la confiance du public dans ce processus

21. Dans la passation des marchés, l'intégrité englobe la prévention de la corruption et des abus et l'idée selon laquelle le personnel chargé de la passation applique les règles de la Loi type, et ce de manière éthique et juste, en évitant les conflits d'intérêts. Pour cela, le système de passation des marchés doit être exempt de toute discrimination institutionnalisée ou de préjugés contre un groupe quelconque, conformément aux règles relatives à la participation énoncées ci-dessus, et l'application des dispositions de la Loi type par l'entité adjudicatrice ne doit pas donner des résultats contraires à ses objectifs.

22. Les procédures de la Loi type qui visent à assurer l'objectivité et un traitement juste et égal sont aussi conçues pour promouvoir l'intégrité. Elles sont appuyées par une disposition qui exige expressément un code de conduite pour le règlement des conflits d'intérêts (article 26 [**hyperlien**], conformément à la disposition de la Convention contre la corruption relative à la mise en place d'un système de passation des marchés qui exige une déclaration d'intérêt des personnels qui en sont chargés [**hyperlien**]); des règles qui prévoient l'exclusion obligatoire d'un fournisseur qui tente de corrompre un responsable de la passation des marchés ou d'un fournisseur ayant un avantage concurrentiel injuste ou un conflit d'intérêts (article 21 [**hyperlien**]); des dispositions qui assurent la protection des informations confidentielles (article 24 [**hyperlien**]); l'exigence de consignation de toutes les décisions prises dans le processus de passation dans le procès-verbal de la procédure (article 25 [**hyperlien**]); des règles sur la

divulgation d'informations figurant dans le procès-verbal aux participants et (après attribution du marché) au public (article 25 [**hyperlien**], sous réserve des restrictions en matière de confidentialité et comme expliqué dans la section sur la "transparence" ci-dessous), et un mécanisme de recours qui est accessible à tous les fournisseurs et qui prévoit la publication des décisions (chapitre VIII [**hyperlien**]).

23. En outre, les mesures institutionnelles présentées dans la section ** des Remarques générales ci-dessus [**hyperlien**] visent à assurer une répartition appropriée des responsabilités et une conduite adéquate des organismes et agents publics. Les dispositions applicables à d'autres branches du droit de l'État adoptant devraient être clairement expliquées aux entités adjudicatrices afin d'éviter toute évolution incohérente au sein du système.

24. Enfin, les mécanismes de contrôle du pouvoir discrétionnaire inhérent au système (comme expliqué dans la section sur l'"économie et l'efficacité" ci-dessus) favoriseront l'intégrité, en particulier lorsqu'ils s'accompagnent de la publication des conclusions pertinentes.

25. L'intégrité peut être renforcée davantage en reliant le code de conduite susmentionné aux normes de conduite générales applicables aux agents de la fonction publique et à toutes autres dispositions sur l'intégrité et la prévention de la corruption figurant dans d'autres lois et réglementations nationales. La confiance du public sera également renforcée par une application bien visible des règles et par des sanctions appropriées en cas de transgression.

### 6. Assurer la transparence des procédures de passation des marchés

26. Dans la passation de marchés, la transparence comprend cinq éléments principaux: la divulgation au public des règles qui s'appliquent au processus de passation; la publication des possibilités de marchés; la définition et la publication préalables de l'objet du marché et des modalités d'examen des offres; la conduite visible de la procédure de passation conformément aux règles et procédures prévues; et l'existence d'un système permettant de contrôler l'application de ces règles (et d'obliger si nécessaire les responsables de la passation à les appliquer).

27. Comme indiqué dans la section sur l'"économie et [l']efficacité" ci-dessus, le pouvoir discrétionnaire accordé par la Loi type suppose un équilibre qui permet à l'entité adjudicatrice d'identifier l'objet du marché et la meilleure méthode de passation. La transparence est un outil qui permet de contrôler et, si nécessaire, de contester l'exercice du pouvoir discrétionnaire; elle est considérée comme un élément clef d'un système de passation conçu notamment pour limiter le pouvoir discrétionnaire des responsables de la passation et promouvoir la responsabilité pour les décisions et mesures prises. Elle contribue donc dans une large mesure à l'intégrité du système et à la confiance du public dans ce système et facilite son évaluation et celle des différentes procédures de passation par rapport à leurs objectifs.

28. Des mesures en faveur de la transparence se retrouvent dans l'ensemble de la Loi type. Elles prévoient notamment la publication rapide de tous les textes juridiques qui régissent la passation des marchés (article 5 [**hyperlien**]), des méthodes de communication non-discriminatoires (article 7 [**hyperlien**]), la définition des critères d'évaluation dès le début de la procédure de passation d'un

marché et leur publication dans le dossier de sollicitation (article 11 [**hyperlien**]), la publication à grande échelle d'invitations à participer et des conditions de participation (articles 39, 45, 47, 48 et 49 par exemple [**hyperlien**]), dans une langue appropriée (article 13 [**hyperlien**]), la publication de la date limite de présentation des soumissions (article 14 [**hyperlien**]), la communication à tous les participants de toute information supplémentaire importante fournie à l'un d'eux pendant la passation (article 15 [**hyperlien**]), la publication d'un avis d'abandon de la passation de marché, les modalités d'entrée en vigueur du marché, notamment le délai d'attente (article 22 [**hyperlien**]), et la publication des avis d'attribution de marché (article 23 [**hyperlien**]). La Loi type prévoit en outre que certaines informations concernant la conduite d'une passation particulière doivent être rendues publiques après attribution du marché et que les participants ont le droit de recevoir des informations supplémentaires, et elle exige que toutes ces informations figurent dans le procès-verbal de la procédure (article 25 [**hyperlien**]). Ces dispositions peuvent également favoriser la traçabilité des décisions prises par l'entité adjudicatrice, ce qui est essentiel. Par exemple, un écart par rapport aux règles peut devenir manifeste à l'examen du procès-verbal des réunions, ce qui montre bien les avantages de la conservation des données au format électronique dans la passation des marchés, comme examiné dans la section ** des Remarques générales [**hyperlien**].

29. La Loi type prévoit également des procédures obligatoires et publiques pour chaque méthode de passation (aux chapitres III à VII [**hyperliens**]) telles que, dans les procédures d'appel d'offres, l'ouverture des offres en présence des fournisseurs ou entrepreneurs qui les soumettent (article 42 [**hyperlien**]). La transparence permet également d'évaluer le respect de ces procédures, notamment par l'ouverture publique des offres, la publication des avis d'attribution des marchés (article 23 [**hyperlien**]) et, sur le plan interne, l'examen du procès-verbal obligatoire de la procédure visé à l'article 25 [**hyperlien**].

# Chapitre premier. Dispositions générales

## A. Introduction

### Résumé analytique

30. Le commentaire relatif au chapitre premier examine la manière dont la Loi type applique les principes généraux sur lesquels elle se fonde (à ce propos, voir le commentaire relatif au préambule dans la section ** ci-dessus [**hyperlien**]).

31. Les premières parties du chapitre (articles 1 à 6) établissent le cadre du système de passation des marchés prévu dans la Loi type, en spécifiant le champ d'application de cette dernière, ses caractéristiques générales et son interaction avec les obligations internationales et toute obligation fédérale d'un État adoptant. Ce cadre exige la promulgation de règlements en matière de passation des marchés par une instance désignée par la loi (pour appuyer l'application de la Loi type dans l'État adoptant) et la publication du cadre juridique applicable (lois, règlements en matière de passation des marchés et autres textes juridiques) (articles 4 et 5). Le

dernier article du chapitre (article 26) prévoit la publication d'un code de conduite pour les responsables de la passation des marchés.

32. Le reste du chapitre (articles 7 à 25) énonce les principes généraux qui s'appliquent à chaque procédure de passation des marchés menée en vertu de la Loi type. La présentation des articles suit l'ordre chronologique d'une procédure de passation habituelle, autant que faire se peut dans un texte qui prévoit divers types de procédure. Comme indiqué ci-dessus [renvoi à la dernière section des Remarques générales se rapportant au chapitre premier [**hyperlien**]], ces articles prévoient que toutes les conditions de la passation doivent être définies avant l'ouverture de la procédure et communiquées dès le début. Ces conditions comprennent une description de l'objet du marché et des participants, et une déclaration sur les moyens de communication qui seront utilisés pendant la procédure; elles régissent la communication des informations et la manière de déterminer les soumissions conformes et le fournisseur à retenir; elles régissent également l'exclusion de tout fournisseur pour des motifs de corruption, le rejet des soumissions anormalement basses et l'abandon d'une procédure de passation; ainsi que les modalités d'entrée en vigueur du marché (articles 7 à 22). L'article 23 prévoit la publication de l'avis d'attribution du marché (sous réserve de quelques exceptions); l'article 24 porte sur la confidentialité des informations communiquées pendant le processus de passation. L'article 25 lie ce processus à l'exigence administrative d'établissement d'un procès-verbal et de dossiers de la procédure de passation de marché, ce qui permet un contrôle effectif de la procédure et du fonctionnement du système dans son ensemble. L'article 25 contient également des dispositions qui exigent la communication de nombreuses parties du procès-verbal aux participants et d'un nombre plus limité d'éléments au public, sous réserve des restrictions applicables en matière de confidentialité.

33. Ensemble, ces dispositions visent à garantir que les règles applicables à la passation des marchés en vertu d'une législation interne fondée sur la Loi type seront claires et accessibles à tous les participants et au public. Elles jouent donc un rôle central dans la transparence et aident en outre à promouvoir la confiance du public et l'intégrité du système.

## Incorporation: considérations de politique générale

34. Les considérations de politique générale que soulève chacun des articles du présent chapitre sont examinées dans le commentaire qui s'y rapporte. La présente section porte sur un certain nombre de considérations de politique générale que soulève globalement le chapitre premier et sur l'interaction entre une loi relative à la passation des marchés fondée sur la Loi type et d'autres lois de l'État adoptant.

35. Étant donné que le chapitre régit le cadre juridique général du système de passation des marchés prévu dans la Loi type, comme indiqué dans la section précédente, l'objectif premier est d'assurer l'égalité des conditions de concurrence dans chaque procédure de passation en favorisant un large accès au marché et en encourageant la participation à la procédure par le biais de règles rigoureuses en matière d'objectivité et de transparence. Les procédures visées facilitent également l'application du principe de responsabilité des agents chargés de la passation des marchés grâce à une déclaration claire des principales règles régissant leurs

fonctions (il convient de noter toutefois qu'une des principales décisions dans le processus de passation, à savoir le choix de la méthode de passation et des modalités de sollicitation, est traitée au chapitre II, de manière à ce que les dispositions applicables précèdent immédiatement chaque méthode de passation).

36. Du fait de la nature de ce cadre juridique général, les options offertes aux États adoptants sont plus limitées que dans les chapitres suivants de la Loi type. Pour cette raison, et pour garantir que la loi est d'une portée et d'une rigueur suffisantes, les États adoptants sont encouragés à incorporer la totalité des dispositions du chapitre dans leur droit interne, sous réserve des modifications nécessaires pour assurer un ensemble de règles cohérent et en tenant compte des règlements relatifs à la passation des marchés prévus à l'article 4 ([**hyperlien**]).

37. Concernant l'interaction avec d'autres lois internes, l'article 2 contient un nombre minimum de définitions qui sont recommandées par la CNUDCI pour assurer le bon fonctionnement d'une législation sur la passation des marchés. Les États adoptants voudront peut-être adapter le nombre et le style de ces définitions pour assurer une cohérence avec l'ensemble de leurs règles internes et l'approche de l'État en matière de rédaction législative. Des orientations sur la portée des différents éléments des définitions proposées sont données dans le commentaire relatif à l'article 2 ci-après ([**hyperlien**]). Les États adoptants qui incluent traditionnellement un ensemble plus complet de définitions peuvent s'appuyer sur le glossaire publié par la CNUDCI [**hyperlien**].

38. La Loi type utilise également une terminologie qui est peut-être différente de celle utilisée dans des États adoptants: par exemple, les termes désignant les types d'insolvabilité à l'article 9 [**hyperlien**] ne sont peut-être pas ceux qui sont employés dans leurs lois internes sur l'insolvabilité. Pour cette question, la Loi type se fonde sur la terminologie des textes de la CNUDCI sur l'insolvabilité, tels que le Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité et la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, qui expliquent notamment les procédures concernées [**hyperliens**]. La Loi type part également du principe que la portée des informations classifiées (mentionnées par exemple aux articles ** [**hyperliens**]) est claire, comme expliqué plus précisément dans le commentaire relatif à l'article 2 [**hyperlien**].

39. Certaines dispositions du chapitre premier sont censées fonctionner en conjonction avec d'autres lois de l'État adoptant. La Loi type présuppose donc que les lois concernées sont en vigueur ou seront promulguées en même temps que la loi sur la passation des marchés. Si cela n'est pas possible, la loi sur la passation des marchés devrait traiter les questions concernées. Outre le principe selon lequel l'État a le pouvoir général d'agir en tant que partie contractante, les principales lois mentionnées dans le chapitre premier sont présentées brièvement dans les paragraphes suivants.

40. Premièrement, les dispositions de l'article 7 qui autorisent tous les moyens de communication, y compris électroniques, dans le processus de passation des marchés partent du principe que l'État adoptant a une législation en vigueur sur le commerce électronique. Comme l'explique le commentaire sur la passation des marchés en ligne dans la section ** ci-dessus ([**hyperlien**]) et celui sur l'article 7 ci-dessous ([**hyperlien**]), les textes de la CNUDCI sur le commerce électronique offrent la reconnaissance juridique nécessaire des communications

électroniques et sont des outils aisément accessibles pour faciliter la passation des marchés en ligne, ce qui, comme indiqué dans le commentaire susmentionné, peut grandement favoriser et améliorer la réalisation des objectifs de la Loi type.

41. Deuxièmement, les dispositions des articles 8 à 11 qui permettent à l'État adoptant de tirer parti de son système de passation des marchés pour réaliser des objectifs socioéconomiques, comme expliqué dans la section ** du commentaire général ci-dessus ([**hyperlien**]) et dans le commentaire relatif à ces articles ([**hyperliens**]), prévoient le recours à la passation de marché seulement pour poursuivre les objectifs socioéconomiques énoncés dans les règlements en matière de passation des marchés ou dans d'autres lois. L'article 11 renvoie également à la possibilité d'appliquer une marge de préférence lors de l'évaluation des soumissions [**hyperlien**], ce qui doit également être autorisé dans les règlements relatifs à la passation des marchés ou dans d'autres lois.

42. Troisièmement, l'article 17 sur les garanties de soumission fait référence à toute loi pouvant prévoir le rejet d'une garantie émise en dehors de l'État adoptant. Plus généralement, la forme et les modalités d'émission des garanties de soumission peuvent également être soumises à d'autres lois de l'État adoptant.

43. Quatrièmement, dans certains États, les normes applicables aux fonctionnaires exigent que l'entité adjudicatrice étaye les décisions prises dans le processus de passation en renvoyant aux raisons et circonstances ainsi qu'aux motifs juridiques. L'article 25 sur le procès-verbal de la procédure de passation de marché [**hyperlien**] énonce les décisions concernées (en renvoyant aux articles qui exigent ces décisions) et peut servir de liste de contrôle pour garantir que les dispositions nécessaires sont prévues dans les lois internes pertinentes.

44. Concernant les incidences internes des accords et obligations internationales d'un État adoptant, l'article 3 est conçu pour que la loi sur la passation de marchés puisse tenir dûment compte de ces accords et obligations, comme l'explique le commentaire de la section ** ci-dessus ([**hyperlien**]) et dans le commentaire ci-dessous relatif à l'article 3 ([**hyperlien**]).

## Questions d'application et d'utilisation

45. Les principales conditions d'une application et utilisation efficaces de la Loi type sont, outre la promulgation de lois complémentaires mentionnée dans la section précédente, l'adoption d'une réglementation complétant le cadre juridique et la fourniture d'un appui administratif et institutionnel, comme expliqué dans les sections ** du commentaire général ci-dessus ([**hyperliens**]).

46. La question de la réglementation est examinée en détail dans le commentaire relatif à l'article 4 ci-dessous [**hyperlien**], dans la section ** du commentaire général ci-dessus [**hyperlien**] et dans l'annexe ** [**hyperlien**], qui insiste (entre autres) sur les principales questions qui pourraient faire l'objet d'une réglementation.

47. L'appui administratif prévu dans la Loi type est examiné dans la section ** ci-dessus. Il englobe notamment la communication d'informations et d'autres types de coordination entre l'organisme de passation des marchés ou une autre instance mentionnée dans la section ** ci-dessus ([**hyperlien**]) et d'autres organes

chargés de la concurrence, de la lutte contre la corruption et des sanctions en cas de non-respect des lois et procédures. Des règles ou une base légale peuvent être nécessaires pour autoriser cette communication d'informations entre organismes. Les dispositions du chapitre premier qui traitent de la coordination et de la communication d'informations sont notamment celles de l'article 21 sur l'exclusion au motif d'incitations, d'un avantage concurrentiel injuste ou d'un conflit d'intérêts, de l'article 24 sur la confidentialité et de l'article 25 sur l'exigence d'un procès-verbal de la procédure de passation et la publication de certaines de ses parties ([**hyperliens**]). Une coordination avec d'autres organes peut également s'imposer, par exemple pour veiller à ce que le code de conduite visé à l'article 26 [**hyperlien**] soit dûment associé aux règles générales régissant la conduite des fonctionnaires de l'État adoptant.

48. Il est indiqué, à propos de l'appui institutionnel en faveur de la Loi type, traité dans la section ** du commentaire général ci-dessus [**hyperlien**], que des règles et orientations destinées aux utilisateurs de ladite loi doivent être adoptées par l'organisme chargé de la passation des marchés publics ou toute autre instance centrale (et une formation dispensée pour les promouvoir).

49. Plus généralement, et comme indiqué dans la section précédente, les définitions figurant à l'article 2 ne visent pas à fournir une liste exhaustive des termes liés à la passation des marchés. Pour cette raison, la CNUDCI a publié un glossaire sur son site Web [**hyperlien**]. Il sera peut-être demandé à l'organisme chargé de la passation des marchés publics ou toute autre instance compétente d'adapter ce glossaire aux circonstances locales et assurer sa diffusion à grande échelle.

50. Comme indiqué dans la section ** du commentaire général ci-dessus, la Loi type est censée s'appliquer d'une manière générale à toutes les passations de marchés publics dans l'État adoptant. Par conséquent, aucun seuil général n'a été fixé pour son application. Néanmoins, le chapitre premier mentionne bien des seuils en dessous desquels certaines prescriptions de la Loi type sont assouplies. Ainsi, en vertu de l'article 22-3 b), les marchés de faible valeur ne sont pas soumis à l'application obligatoire d'un délai d'attente [**hyperlien**] et en vertu de l'article 23-2, ils ne sont pas soumis non plus à l'obligation de publication d'un avis d'attribution du marché [**hyperlien**]. (Le chapitre II fixe également un seuil maximum pour le recours à la demande de prix à l'article 29-2 [**hyperlien**].)

51. La Loi type ne peut pas fixer, pour la passation des marchés de faible valeur, de seuil unique qui soit approprié pour tous les États adoptants, et les seuils pertinents dans chaque État peuvent varier en fonction de l'inflation et de l'évolution d'autres facteurs économiques. Les seuils mentionnés ci-dessus doivent donc être fixés dans les règlements en matière de passation des marchés.

52. L'organisme chargé de la passation des marchés publics ou toute autre instance qui promulgue les règlements en la matière, ainsi que d'autres règles ou orientations applicables, devraient avoir notamment pour tâche d'examiner la ou les valeurs appropriées pour tous ces seuils. La notion de marché de faible valeur dans la Loi type est imprécise: elle englobe les seuils susmentionnés, mais aussi d'autres références aux marchés de faible valeur sous mention de seuils explicites, notamment l'exemption pour ces marchés de l'obligation de publication internationale de l'invitation à participer à la procédure de préqualification visée à

l'article 18-2 et à la procédure d'appel d'offres visée à l'article 33-4 (qui s'appuie sur l'évaluation par l'entité adjudicatrice de l'éventuel intérêt international pour la passation du marché, comme expliqué dans le commentaire relatif à ces articles [**hyperliens**]). (En outre, une des raisons du recours à la sollicitation directe et à un type d'appel d'offres restreint est que le temps nécessaire et les frais engagés pour examiner et évaluer un grand nombre d'offres seraient disproportionnés par rapport à la valeur de l'objet du marché, mais sans mention de seuil précis.) L'organisme chargé de la passation des marchés publics ou toute autre instance compétente devrait s'efforcer d'assurer une interprétation cohérente de la notion de marché "de faible valeur": faudrait-il fixer une seule valeur pour les seuils requis dans un "marché de faible valeur" (y compris un plafond pour le recours à la demande de prix), cette valeur devrait-elle être appliquée à d'autres types de "marchés de faible valeur", ou quelles sont les circonstances qui exigeraient la fixation de seuils différents?

La nature d'un chapitre qui énonce les principes généraux régissant un système de passation des marchés est telle que chacun des principes suscite de nombreuses questions concernant l'application et l'utilisation de ce système. Les autorités de réglementation et celles chargées de fournir des orientations sur l'appui administratif et institutionnel en faveur de la Loi type voudront peut-être examiner les questions ci-dessus en tenant compte du commentaire relatif aux articles régissant les principales étapes de la procédure de passation (articles 7 à 25 [**hyperliens**]).

## A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.3 (Original: anglais)

## Note du Secrétariat concernant le Guide révisé pour l'incorporation qui accompagnera la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa vingt et unième session

ADDITIF

Le présent additif contient une proposition concernant le texte du Guide qui accompagnera les articles 1 à 7 (première partie) du chapitre premier (Dispositions générales) de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

# GUIDE POUR L'INCORPORATION DANS LE DROIT INTERNE DE LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LA PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS

## Commentaire par article

### Article premier. Champ d'application [**hyperlien**]

1. L'article premier a pour objet de délimiter le champ d'application de la Loi type, qui régit tous les types de passation de marchés publics, tel que ce terme est défini à l'article 2. Compte tenu de la grande diversité des procédures prévues dans la Loi type pour les différents types de situations pouvant se produire dans les passations de marchés publics, il n'est pas nécessaire d'exclure un secteur économique particulier d'un État adoptant. Un certain nombre d'articles de la Loi type contiennent des dispositions adaptées, en particulier, à des passations qui soulèvent des questions sensibles, telles que les passations mettant en jeu des informations classifiées. (Voir le commentaire des articles ** de la Loi type, et également les paragraphes ** des Remarques générales, pour un examen général des questions intéressant le champ d'application de la Loi type et les exceptions à l'application des dispositions sur la transparence dans ces cas [**hyperliens**].)

### Article 2. Définitions [**hyperlien**]

2. L'article 2 a pour objet de définir, au début de la Loi type, les termes qui y reviennent très souvent, afin de faciliter la lecture et la compréhension du texte. Le commentaire de cet article est complété par un glossaire, qui figure à [l'annexe **] du Guide [**hyperlien**] et qui comprend la description de termes auxquels il peut être impossible de donner une définition juridique précise mais qui sont communément utilisés dans le jargon des marchés publics; il examine également des termes dont la signification dans la Loi type peut différer de celle qui leur est donnée dans d'autres instruments internationaux ou régionaux régissant la passation des marchés publics.

3. La définition du terme “enchère électronique inversée” (alinéa d) [**hyperlien**]) recouvre toutes les principales caractéristiques d’une enchère inversée, en particulier son caractère en ligne. Cette définition large vise à souligner que la Loi type ne régit pas d’autres types d’enchères, même si elles peuvent être utilisées pour la passation de marchés publics dans certains pays, puisque la CNUDCI a décidé de ne pas édicter de règles pour d’autres types d’enchères, comme expliqué dans le commentaire figurant dans l’introduction du chapitre VI de la Loi type [**hyperlien**].

4. Le mot “acquisition” dans la définition du terme “passation de marché” (alinéa j) [**hyperlien**]) englobe l’achat, la location et la location-vente, avec ou sans option d’achat. La définition mentionne aussi les biens, les travaux et les services, même si la Loi type n’exige pas une classification stricte de ces notions puisqu’elle ne prévoit pas des méthodes de passation différentes selon qu’il s’agit de biens, de travaux ou de services. La Loi type emploie le terme “objet du marché” pour désigner ce qui est à acquérir, du fait, là encore, qu’une séparation stricte entre les biens, travaux et services n’est souvent pas possible. Néanmoins, comme expliqué dans le commentaire de la section I du chapitre II de la Loi type [**hyperlien**], certaines méthodes de passation prévues peuvent être plus adaptées, par exemple, aux marchés de biens ou de travaux. Les États adoptants ont peut-être traditionnellement recours à une classification stricte et à des orientations générales. Selon une définition donnée dans une ancienne version de la Loi type, le mot “biens” désigne normalement “des objets de toute sorte y compris des matières premières, produits, équipements et objets sous forme solide, liquide ou gazeuse, et l’électricité, ainsi que les services accessoires à la fourniture des biens si la valeur de ces services ne dépasse celle des biens eux-mêmes”; le mot “travaux” désigne “tous les travaux liés à la construction, à la reconstruction, à la démolition, à la réparation ou à la rénovation d’un bâtiment, d’une structure ou d’un ouvrage, tels que la préparation du site, le creusement, l’édification, le montage, l’installation d’équipements ou de matériaux, la décoration et la finition, ainsi que les services accessoires aux travaux tels que les forages, les levés topographiques, la photographie par satellite, les études sismiques et les services similaires fournis dans le cadre du marché, si la valeur de ces services ne dépasse pas celle des travaux eux-mêmes”. Le terme “services” peut alors désigner “tout objet du marché autre que des biens ou des travaux”. Si l’État adoptant souhaite poursuivre cette approche, l’organisme public de passation des marchés ou une instance similaire devrait s’assurer que la loi le permet et que la classification est à la disposition de tous les utilisateurs potentiels du système.

5. L’emploi au pluriel des mots “contrats” et “fournisseurs ou entrepreneurs” dans la définition du terme “marché” (alinéa k) [**hyperlien**]) vise à tenir compte, notamment, des cas d’allotissement d’un marché attribué dans le cadre de la même procédure de passation. Par exemple, l’article 39 g) de la Loi type [**hyperlien**] dispose que les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent être autorisés à présenter des offres ne portant que sur une partie de l’objet du marché. Dans ce cas, la procédure de passation ne conduira pas à la conclusion d’un contrat unique avec un seul fournisseur ou entrepreneur mais à la conclusion de plusieurs contrats avec différents fournisseurs ou entrepreneurs. Les mots “à l’issue de la procédure de passation de marché” sont employés dans cette définition pour englober les marchés conclus dans une procédure d’accord-cadre, mais non les accords-cadres attribués.

6. Les mots “informations classifiées” dans la définition du terme “passation de marché mettant en jeu des informations classifiées” (alinéa l) [**hyperlien**]) renvoient aux informations qui sont classifiées en vertu de la loi applicable d’un État adoptant. Ces mots désignent dans de nombreux pays des informations auxquelles seules certaines catégories de personnes sont légalement autorisées à accéder. La nécessité de traiter ce type d’informations dans la passation de marchés peut se poser non seulement dans les secteurs où les “informations classifiées” sont les plus fréquentes, comme la sécurité et la défense nationales, mais également dans tout autre secteur où la loi peut interdire la divulgation au public de certaines informations, notamment dans le secteur de la santé (par exemple, dans le cas de recherches et d’expériences médicales sensibles). Le terme “informations classifiées” est utilisé dans les dispositions de la Loi type qui prévoient des mesures spéciales pour protéger ce type d’informations, en particulier des exceptions aux règles sur l’information du public et sur la transparence. Ces exceptions pouvant donner lieu à des abus, la Loi type n’autorise pas l’entité adjudicatrice à élargir la portée du terme et il est recommandé que les questions relevant du traitement des “informations classifiées” soient régies par la législation pour en assurer un contrôle approprié par le législateur. La définition, lorsqu’elle est employée dans la Loi type, est complétée par la disposition énoncée dans l’article 24 relatif au procès-verbal et aux dossiers de la procédure de passation de marché exigeant que soient consignées au procès-verbal les raisons et circonstances invoquées par l’entité adjudicatrice pour justifier les mesures et prescriptions imposées lors de la procédure afin de protéger les informations classifiées.

7. Concernant la définition du terme “entité adjudicatrice” (alinéa n) [**hyperlien**]), la Loi type vise en premier lieu à régir les marchés passés par les administrations et d’autres entités et entreprises du secteur public. Les entités précisément visées différeront d’un État à l’autre en fonction de la manière dont la loi répartit les compétences entre les différents niveaux de l’État. C’est pourquoi l’alinéa n) i), où est défini le terme “entité adjudicatrice” [**hyperlien**], présente des options concernant les niveaux de l’État à prendre en compte. L’option I place dans le champ d’application de la Loi type l’ensemble des départements, organismes, organes et autres services qui se rattachent à l’administration centrale de l’État adoptant, ainsi qu’aux subdivisions provinciales, locales ou autres subdivisions administratives de cet État. Cette option serait adoptée par les États non fédéraux et par les États fédéraux pouvant légiférer pour leurs subdivisions. L’option II serait retenue par les États n’adoptant la Loi type que pour des organes de l’administration centrale. Conformément à l’alinéa n) ii), l’État adoptant peut étendre le champ d’application de la Loi type à certaines entités ou entreprises qui ne sont pas considérées comme faisant partie de la structure administrative [**hyperlien**], s’il souhaite exiger d’elles qu’elles passent leurs marchés conformément à la Loi type. Pour décider quelles entités, le cas échéant, seront régies par la Loi type, l’État adoptant pourra tenir compte notamment des facteurs suivants:

a) L’État fournit-il des fonds publics substantiels à l’entité, fournit-il une garantie ou tout autre type de sûreté pour garantir le paiement dû par l’entité dans le cadre du marché qu’elle a passé, ou prend-il en charge de toute autre manière les obligations contractées par l’entité adjudicatrice en vertu du marché?

b) L'entité est-elle gérée ou contrôlée par l'État ou ce dernier participe-t-il à la gestion ou au contrôle de l'entité?

c) L'État accorde-t-il à l'entité une licence exclusive, un monopole ou un quasi-monopole pour la vente des biens qu'elle offre ou des services qu'elle fournit?

d) L'entité doit-elle rendre des comptes à l'État ou au trésor public en ce qui concerne sa rentabilité?

e) Un accord international ou toute autre obligation internationale de l'État s'applique-t-il aux marchés passés par l'entité?

f) L'entité a-t-elle été créée en application d'une mesure législative spéciale pour exercer des activités à des fins publiques déterminées par la loi et les règles de droit public applicables aux contrats publics s'appliquent-elles aux marchés conclus par l'entité?

8. La passation de marché peut être réalisée par des groupes ou consortiums d'entités adjudicatrices, y compris de divers États, qui peuvent être considérés collectivement comme une seule "entité adjudicatrice". La définition du terme "entité adjudicatrice" renvoie en particulier à tout "groupement de plusieurs [ministères, organismes, organes ou autres services ou subdivisions] sans mentionner toutefois de lien avec un État particulier. Elle vise donc à permettre la participation de tels groupes ou consortiums, notamment dans la passation de marchés au niveau international. Dans certains pays, pour assurer une responsabilité politique, même lorsque plusieurs entités adjudicatrices s'associent, l'une d'elles reste l'entité principale. Dans le cas d'un consortium international, il est habituel qu'une entité adjudicatrice d'un État ayant qualité d'entité principale représente les entités adjudicatrices des autres États[1].

9. La définition du terme "politiques socioéconomiques" (alinéa o) [**hyperlien**]) ne se veut pas ouverte mais vise à englober uniquement les politiques énoncées dans la législation de l'État adoptant ou dans les règlements en matière de passation des marchés, et celles qui découlent de règles internationales, telles que les mesures de lutte contre le terrorisme ou les régimes de sanctions du Conseil de sécurité de l'ONU. Le but de ces dispositions est: a) d'empêcher que les politiques socioéconomiques soient déterminées au cas par cas par l'entité adjudicatrice, et b) de faire en sorte qu'elles soient appliquées à tous les achats publics afin que leurs coûts et avantages soient visibles. La loi peut autoriser un ou plusieurs organes d'un État adoptant à promulguer des politiques socioéconomiques dans cet État. Les règles relatives à l'application de ces politiques devraient imposer des limites appropriées aux entités adjudicatrices, en particulier en leur interdisant d'adopter à leur gré des politiques au coup par coup; ces politiques peuvent donner lieu à des abus, par exemple sous forme de favoritisme.

10. À la fin de la définition du terme "politiques socioéconomiques", l'État adoptant se voit donner la possibilité de fournir une liste indicative des politiques applicables. La section ** du commentaire général [**hyperlien**] contient un examen des types de politiques que l'on rencontre en pratique et qui peuvent servir de base à une telle liste. Il convient de noter que ces politiques évoluent avec le

---

[1] Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner l'opportunité de l'insertion des deux dernières phrases dans le Guide.

temps et la liste, même si elle se veut exhaustive, deviendra obsolète. Il est donc recommandé qu'elle demeure indicative pour qu'il ne soit pas nécessaire d'actualiser la loi à chaque fois que les politiques socioéconomiques de l'État adoptant sont amendées.

11. La définition du terme "sollicitation" (alinéa p) [**hyperlien**]) vise à établir une distinction entre la "sollicitation" et "l'invitation à participer à la procédure de passation de marché". Cette dernière formule est plus large puisqu'elle peut englober une invitation à participer à la préqualification (article 18) ou une invitation à participer à la présélection (article 49). La signification du terme "sollicitation" varie en fonction de la méthode de passation: dans l'appel d'offres, la sollicitation désigne l'invitation à soumettre des offres (dans l'appel d'offres ouvert et dans l'appel d'offres en deux étapes, l'invitation est publique, tandis que dans l'appel d'offres restreint elle est adressée à un groupe limité); dans la demande de propositions, la sollicitation désigne l'invitation à présenter des propositions (qui peut être publique ou adressée à un groupe limité); dans les négociations avec appel à la concurrence, la sollicitation désigne l'invitation aux négociations adressée à un groupe limité; dans la demande de prix, elle désigne l'envoi d'une demande à un groupe limité de fournisseurs ou d'entrepreneurs dont le nombre ne doit toutefois pas être inférieur à trois; en cas d'enchère électronique inversée en tant que méthode autonome de passation dans laquelle des offres initiales sont exigées aux fins de leur évaluation ou de l'examen de leur conformité, la sollicitation commence par une invitation à soumettre ces offres initiales (l'invitation est publique comme dans l'appel d'offres ouvert); dans l'enchère électronique inversée plus simple utilisée comme méthode autonome de passation sans examen ou évaluation d'offres initiales, la sollicitation a lieu après l'ouverture de l'enchère, lorsque les participants sont invités à soumettre des offres; dans la sollicitation d'une source unique, la sollicitation désigne l'invitation à présenter une proposition ou un prix qui est adressée à un seul fournisseur ou entrepreneur. Les notions de sollicitation "ouverte" et "directe" sont expliquées dans le glossaire figurant à l'annexe ** [**hyperlien**] et dans le commentaire de la section II du chapitre II du Guide [**hyperlien**].

12. La définition du terme "dossier de sollicitation" (alinéa q) [**hyperlien**]) est générique et énonce les caractéristiques essentielles des documents sollicitant la participation à n'importe quelle méthode de passation. Ces documents sont émis par l'entité adjudicatrice et énoncent les conditions de la passation concernée. Dans certaines méthodes de passation, le terme utilisé est "dossier de sollicitation"; dans d'autres méthodes, d'autres expressions sont employées. Par exemple, dans les dispositions de la Loi type régissant la demande de propositions, il est fait référence à une "demande de propositions" dans laquelle figurent les informations concernant la sollicitation. Indépendamment du terme employé dans chaque méthode de passation de la Loi type, les documents sollicitant la participation englobent également toute modification apportée aux documents initialement émis. Ces modifications peuvent être apportées conformément aux articles 14 et 15 de la Loi type; dans l'appel d'offres en deux étapes, également en vertu des dispositions de l'article 48-4; et dans la demande de propositions avec dialogue, conformément à l'article 49.

13. Si la Loi type emploie, dans la version anglaise, le terme "tender security" (garantie de soumission) (alinéa t) [**hyperlien**]), elle ne sous-entend pas pour

autant que ce type de garantie peut être éxigé uniquement dans l'appel d'offre ("tendering" en anglais). La définition du terme "garantie de soumission" ne doit pas être comprise non plus comme permettant à l'entité adjudicatrice de demander plusieurs garanties de soumission dans une procédure de passation unique où sont présentées des offres ou propositions révisées. Le commentaire de l'article 17 sur les garanties de soumission indique que l'article lui-même n'interdit pas à l'entité adjudicatrice d'en demander plusieurs mais explique cependant pourquoi la CNUDCI la décourage de le faire dans une procédure de passation [**hyperlien**].

14. L'expression "d'autres dispositions du droit du présent État", employée à l'article 2 et dans d'autres dispositions de la Loi type [**hyperliens**], renvoie non seulement aux lois mais aussi aux règlements d'application et aux obligations conventionnelles de l'État adoptant. Dans certains États, une telle référence générale au droit suffirait pour indiquer qu'il s'agit de toutes les sources de droit susmentionnées. Dans d'autres États, en revanche, une référence plus détaillée aux diverses sources de droit est nécessaire afin de préciser qu'il ne s'agit pas seulement des lois.

## Article 3. Obligations internationales du présent État touchant la passation des marchés [et accords intergouvernementaux au sein (du présent État)] [**hyperlien**]

15. L'article 3 a pour objet d'expliquer les effets des traités internationaux sur l'application de la Loi type à l'échelon national. L'État adoptant peut être soumis à des accords ou obligations internationaux en matière de passation de marchés. Par exemple, un certain nombre d'États sont parties à [l'Accord sur les marchés publics de l'OMC [**hyperlien**]] et les membres de l'Union européenne sont liés par des règlements relatifs à la passation des marchés qui s'appliquent à l'ensemble de la région géographique. De même, les membres de groupements économiques régionaux dans d'autres régions du monde peuvent être liés par des directives en matière de passation de marchés qui sont appliquées par leur groupement régional. En outre, de nombreux organismes internationaux de prêt et organismes nationaux de financement du développement ont établi, pour régir les marchés passés avec les fonds qu'ils octroient, des directives ou règles, que les pays emprunteurs ou bénéficiaires s'engagent à respecter dans les accords de prêt ou de financement qu'ils concluront avec ces organismes. Les alinéas a) et b) ont pour objet de spécifier que les conditions de l'accord international, ou toute autre obligation internationale à l'échelon intergouvernemental, seront appliquées, mais que, à tous autres égards, la passation des marchés sera régie par la Loi type. L'article accorde donc la primauté générale aux traités internationaux sur les dispositions de la Loi type, étant entendu toutefois que des règles plus strictes peuvent s'appliquer en vertu des traités internationaux mais que les obligations internationales ne devraient pas servir de prétexte pour se soustraire aux garanties de la Loi type.

16. Les passages entre crochets dans le présent article s'adressent à l'État fédéral adoptant. L'alinéa c) lui permet de donner la priorité sur la Loi type aux accords intergouvernementaux qu'il a conclus avec une ou plusieurs de ses subdivisions, ou qui ont été conclus entre deux de ces subdivisions ou plus, sur les questions régies par la Loi type. Une telle clause pourrait être utilisée lorsque l'État fédéral adoptant

n'est pas habilité à légiférer pour ses subdivisions dans les domaines régis par la Loi type.

17. Les États adoptants devront adapter les dispositions de l'article à leurs règles constitutionnelles. Par exemple, ils devront peut-être modifier la référence dans l'alinéa b) à "tout accord conclu par le présent État" pour préciser qu'elle renvoie à tout accord qui a été non seulement signé mais aussi ratifié par voie législative pour pouvoir s'imposer à l'État adoptant.

18. L'État adoptant n'a pas à adopter les dispositions de l'article si elles entrent en conflit avec son droit constitutionnel.

## Article 4. Règlements en matière de passation des marchés [**hyperlien**]

19. L'objet de l'article 4 est de souligner que les règlements en matière de passation des marchés doivent atteindre les objectifs et appliquer les dispositions de la Loi type. Comme indiqué aux paragraphes ** des remarques générales [**hyperlien**], la Loi type est une "loi-cadre" énonçant les règles juridiques fondamentales de la passation des marchés que doit venir compléter une réglementation promulguée par l'organe ou l'autorité appropriée de l'État adoptant. L'approche de la "loi-cadre" permet à l'État d'adapter les règles détaillées régissant les procédures de passation de marchés à ses propres besoins et à sa propre situation, dans le cadre général établi par la Loi. Ainsi, diverses dispositions de la Loi type disposent expressément qu'elles doivent être complétées par une réglementation des marchés (voir la liste ci-dessous ** [**hyperlien**]). En outre, l'État adoptant pourra décider de compléter d'autres dispositions de la Loi type, même s'il n'y est pas fait expressément référence à la réglementation des marchés. Dans ces deux cas, la réglementation ne devrait pas être contraire à la Loi type ou compromettre l'efficacité de ses dispositions.

20. Les mots "réglementation des marchés" et "règlements en matière de passation des marchés" devraient être interprétés conformément à la tradition juridique de l'État adoptant; ces notions peuvent comprendre tout outil utilisé dans l'État adoptant pour appliquer sa législation. Ces traditions juridiques peuvent aussi cerner des questions qui sont plus généralement traitées dans des orientations. Pour un examen de l'importance d'une approche globale en ce qui concerne les règlements, directives et autres textes d'application pour que le système prévu dans la Loi type fonctionne dans la pratique, voir la section ** du commentaire général et l'introduction du présent chapitre ** [**hyperliens**] et l'annexe **, qui fournit une liste des points de la Loi type devant être complétés par des règlements et/ou des orientations [**hyperlien**].

21. Les principales procédures pour lesquelles il serait utile d'élaborer des règles plus détaillées dans le cadre de la réglementation des marchés sont notamment les suivantes: mode de publication de divers types d'information (articles 5, 6,19 et 23 [**hyperliens**]); mesures pour garantir l'authenticité, l'intégrité et la confidentialité des informations communiquées pendant la procédure de passation (article 7-5 [**hyperlien**]); motifs invoqués pour limiter la participation à une passation (article 8); calcul de la marge de préférence et application de critères socioéconomiques lors de l'évaluation des soumissions (article 11 [**hyperlien**]);

estimation de la valeur du marché (article 12 [**hyperlien**]); code de conduite (article 26 [**hyperlien**]); et limitation du volume du marché passé en cas d'urgence par voie de négociations avec appel à la concurrence ou par sollicitation d'une source unique (en d'autres termes, limitation au seul volume nécessaire pour faire face à l'urgence) (voir le commentaire sur les dispositions pertinentes de l'article 30, paragraphes 4 et 5, aux paragraphes ... ci-dessous [**hyperlien**]).

22. Le recours aux règlements n'est pas seulement une question de meilleure pratique. En effet, le défaut de promulgation d'une réglementation des marchés comme le prévoit la Loi type peut priver l'entité adjudicatrice du pouvoir de prendre les mesures particulières envisagées dans les cas suivants: limitation de la participation à la procédure de passation de marché (article 8 [**hyperlien**]); droit et modalités d'application d'une marge de préférence en faveur des fournisseurs ou entrepreneurs nationaux (article 11 [**hyperlien**]); et utilisation de la procédure de demande de prix, car celle-ci ne peut être appliquée que pour les marchés dont la valeur est inférieure au seuil fixé dans la réglementation des marchés (article 29-2 [**hyperlien**]).

## Article 5. Publication des textes juridiques [**hyperlien**]

23. L'objet de l'article 5 est d'assurer la transparence de toutes les règles et réglementations applicables à la passation de marchés dans un État adoptant. Toutes les personnes intéressées devraient savoir quelles règles et réglementations s'appliquent à la passation à tout moment et où les trouver si nécessaire.

24. Le paragraphe 1 de l'article vise à promouvoir la transparence des lois, règlements et autres textes juridiques d'application générale concernant les marchés en exigeant que ces textes soient promptement rendus accessibles et systématiquement tenus à jour. Puisque les textes sont censés être "d'application générale", ils n'incluent pas les documents internes éventuellement applicables à certaines entités adjudicatrices ou groupes d'entités. L'inclusion de cette disposition est jugée particulièrement importante dans les États où cette condition n'est pas déjà énoncée dans le droit administratif en vigueur. Elle peut également être jugée utile dans les États où cette condition est déjà imposée car une disposition énoncée dans la législation des marchés elle-même contribuerait à attirer l'attention tant des entités adjudicatrices que des fournisseurs ou entrepreneurs sur l'exigence d'une divulgation adéquate au public des textes juridiques mentionnés dans le paragraphe.

25. Dans de nombreux pays, il existe des publications officielles dans lesquelles les textes juridiques mentionnés dans le paragraphe sont et peuvent être habituellement publiés. Si tel n'est pas le cas, ils devraient être promptement rendus accessibles au public, y compris aux fournisseurs ou entrepreneurs étrangers, sur tout autre support approprié et de manière à assurer le niveau requis de diffusion des informations pertinentes à leurs destinataires et au public. Afin d'assurer un accès facile et rapide du public aux textes juridiques pertinents, l'État adoptant souhaitera peut-être préciser un mode et un support de publication dans les règlements en matière de passation de marchés ou mentionner dans ces règlements les sources juridiques traitant de la publicité des lois, des règlements et d'autres actes publics. Cette solution devrait également permettre au public d'établir avec certitude la source des informations pertinentes, ce qui est particulièrement important au vu de

la prolifération des supports et des sources d'informations à mesure que recule l'utilisation des moyens traditionnels de publication d'informations sur support papier. L'abondance d'informations provenant de nombreuses sources, dont l'authenticité et l'autorité sont incertaines, pourrait être un obstacle majeur à la transparence.

26. L'État adoptant devrait envisager de publier les informations pertinentes de manière centralisée sur un support commun ("journal officiel" ou équivalent) et établir les règles définissant les relations de ce support centralisé unique avec d'autres supports où ces informations peuvent figurer. Les informations qui sont publiées sur ce support centralisé devraient être authentiques et officielles et primer sur les informations qui pourraient figurer ailleurs. Les règlements peuvent explicitement interdire la publication des informations sur d'autres supports avant leur publication sur le support centralisé, et exiger que les mêmes informations publiées sur différents supports contiennent les mêmes données. Le support centralisé devrait être facilement et largement accessible. L'accès aux lois, règlements et autres textes juridiques d'application générale en matière de passation visés par la présente Loi et à toutes les modifications dont ils font l'objet ne devrait en principe pas être facturé, car cela est contraire aux objectifs de la Loi type, qui vise à favoriser et encourager la concurrence, à promouvoir l'intégrité et la confiance du public dans le processus de passation des marchés et à assurer la transparence des procédures de passation.

27. Les règlements ou autres instruments destinés à faciliter l'application de la loi devraient également préciser la signification des obligations de rendre les textes promptement "accessibles" et de les "tenir systématiquement à jour", énoncées dans le paragraphe. La première obligation comprend notamment l'affichage et l'actualisation en temps voulu de toutes les informations pertinentes et essentielles d'une manière simple à utiliser et à comprendre par l'utilisateur moyen. Il faudrait souligner l'importance que revêt cette obligation pour renforcer l'efficacité des lois, règlements et autres textes juridiques d'application générale: le droit constitutionnel prévoit généralement que ces textes n'entrent en vigueur qu'un certain nombre de jours après leur publication dans la source d'information publique officiellement désignée.

28. Le terme "accessible", tel qu'il est également employé à l'article 7 de la Loi type [**hyperlien**], signifie qu'il doit être possible d'accéder aux informations et de les lire sans qu'il soit nécessaire de passer par une autre source d'information (c'est-à-dire sans avoir à demander l'accès). Cela implique des mesures proactives de la part des autorités publiques désignées (telles que la publication sur le support officiel) pour que les informations concernées parviennent au public. (N'est pas visée cependant l'obligation énoncée à l'article 7 de présenter les informations sous une forme permettant qu'elles soient consultées ultérieurement.) L'obligation de tenir systématiquement à jour les informations signifie que l'autorité publique désignée doit s'assurer que les informations sont effectivement à jour et donc fiables: il faudrait préciser la façon dont l'autorité publique s'acquitte de cette obligation pour pouvoir vérifier si elle est respectée.

29. Le paragraphe 2 de l'article traite d'une catégorie distincte de textes juridiques – les décisions judiciaires et les décisions administratives ayant valeur de précédent – qui n'est pas couverte par le premier paragraphe. Le début du paragraphe 1 vise à indiquer clairement que les textes juridiques visés au

paragraphe 2, contrairement à ceux mentionnés au paragraphe 1, prennent généralement effet au moment de leur promulgation par le tribunal ou toute autre entité émettrice. Des règles spéciales peuvent s'appliquer à l'accès du public à ces textes: par exemple, le public peut avoir à demander une copie d'une décision de justice de la juridiction concernée. L'expression "mises à la disposition" couvre donc un accès aussi bien indirect (sur demande) que direct dans la mesure du possible. Une fois que l'accès aux textes concernés est donné, les informations doivent être lisibles, interprétables et pouvoir être conservées (il s'agit là des éléments constitutifs de l'"accessibilité" examinée aux paragraphes précédents). Bien que l'exigence d'actualisation systématique ne concerne pas les textes mentionnés au paragraphe 2, les États adoptants sont encouragés à garantir l'exactitude des textes publiés, dans les limites d'une souplesse raisonnable[2].

30. Selon les traditions juridiques et les pratiques en matière de passation de marchés des diverses entités adjudicatrices de l'État adoptant, il est possible que les textes interprétatifs ayant une valeur et une importance juridiques pour les fournisseurs et les entrepreneurs soient déjà visés par le paragraphe 1, ou par le paragraphe 2 de l'article (il peut s'agir de l'interprétation des points examinés dans l'introduction du chapitre premier ci-dessus ([**hyperlien**] et de l'interprétation de points figurant dans le glossaire). L'État adoptant souhaitera peut-être envisager d'apporter des modifications à l'article pour faire en sorte qu'ils le soient. En outre, comme la publication des informations sur des supports autres que le papier entraîne une réduction des coûts, du temps et du travail administratif liés à la publication et à la mise à jour des informations, la publication d'autres textes pertinents présentant une utilité et une importance pratiques pour les fournisseurs et entrepreneurs peut être considérée comme la meilleure pratique pour assurer la transparence et la prévisibilité et pour favoriser et encourager la concurrence entre les fournisseurs et entrepreneurs.

31. Ces textes juridiques supplémentaires pourraient comprendre, par exemple, des guides ou manuels sur la passation des marchés et d'autres documents fournissant des informations sur les aspects importants des pratiques et procédures de passation des marchés nationaux et pouvant avoir une incidence sur les obligations et droits généraux des fournisseurs et entrepreneurs. Si elle n'aborde pas explicitement la publication de ces textes, la Loi type n'empêche pas un État adoptant d'étendre la liste des textes visés à l'article 5 en fonction du contexte national. Si l'État adoptant choisit cette option, il devrait examiner quels textes juridiques supplémentaires doivent être rendus publics et quelles conditions de publication devraient s'y appliquer. Les États adoptants peuvent à cet égard évaluer les coûts et les efforts nécessaires pour remplir ces conditions par rapport aux avantages que les destinataires potentiels devraient retirer des informations publiées. Dans l'environnement papier, les coûts peuvent être excessifs si, par exemple, on exige que des informations d'un intérêt minime ou occasionnel pour les fournisseurs ou entrepreneurs soient promptement rendues accessibles au public et systématiquement tenues à jour. Dans un environnement sans support papier, bien que les coûts de publication des informations puissent devenir insignifiants, les

---

[2] Le Groupe de travail souhaitera peut-être étudier de plus près la question de savoir si la distinction entre "accessible" et "à la disposition de" sera suffisamment claire pour le lecteur, ou si des exemples, comme "l'accès par des moyens tels qu'un site Web de la juridiction" (pour l'expression "à la disposition de") pourraient apporter plus de clarté.

coûts des mises à jour, visant à assurer que les informations pertinentes et exactes soient facilement accessibles au public, peuvent demeurer élevés.

32. Les lois et règlements de l'État adoptant déterminent les autorités publiques chargées de s'acquitter des obligations qui découlent de cet article. Conformément à un certain nombre de dispositions de la Loi type (telles que l'article 39 t) [**hyperlien**]), l'entité adjudicatrice sera tenue de mentionner dans le dossier de sollicitation les lois, règlements et autres textes juridiques intéressant directement la procédure de passation du marché.

## Article 6. Informations sur les possibilités de marchés à venir [**hyperlien**]

33. Cet article a pour objet de souligner l'importance d'une bonne planification de la passation des marchés. Il recommande la publication d'informations sur les marchés futurs, ce qui peut contribuer à la transparence de l'ensemble du processus de passation et priver de toute position avantageuse les fournisseurs ou entrepreneurs qui sans cela pourraient avoir accès aux phases de planification en toute opacité.

34. L'article n'exige pas la publication de telles informations – les dispositions ne font que l'autoriser. La souplesse s'impose sur ce point car les informations et les besoins peuvent changer en fonction des circonstances; il se peut non seulement que l'entité adjudicatrice perde du temps et de l'argent mais également que les fournisseurs ou entrepreneurs engagent des dépenses inutiles. La diffusion d'informations nombreuses, inutiles ou trompeuses, plutôt que d'informations soigneusement planifiées, utiles et pertinentes, risque d'aller à l'encontre du but recherché. L'entité adjudicatrice devrait déterminer si cette publication est appropriée et si elle favoriserait la transparence compte tenu en particulier des dispositions de la Convention des Nations Unies contre la corruption (et de son article 9 sur la passation des marchés publics). De même, la publication des projets de marchés pour les mois à venir est encouragée, mais avec les mêmes réserves.

35. Le paragraphe 1 permet et vise à encourager la publication d'informations sur les possibilités de marchés à venir et les projets de marché. Il fait référence à des projets généraux à long terme plutôt qu'à des possibilités de marchés à court terme ou à une possibilité de marché en particulier (celles-ci sont soumises aux dispositions du paragraphe 2). L'État adoptant peut juger bon de souligner les avantages de la publication de telles informations à des fins de planification stratégique et opérationnelle. Par exemple, leur publication peut obliger les entités adjudicatrices à planifier les marchés, réduire le nombre de marchés passés "au coup par coup" ou "dans l'urgence" et par conséquent diminuer le recours à des méthodes de passation moins concurrentielles. Elle peut également renforcer la concurrence car elle permettrait à un plus grand nombre de fournisseurs et d'entrepreneurs de prendre connaissance des possibilités de marchés, de voir s'ils sont intéressés par une participation et de la préparer alors à l'avance. La publication de ces informations peut en outre avoir une incidence positive dans un contexte plus général de gouvernance, notamment dans l'ouverture de la passation des marchés à l'examen du grand public et à la participation de la société civile et des communautés locales.

36. Les États adoptants peuvent prévoir des mesures incitant à la publication de ces informations, comme le font certains États, en donnant par exemple la possibilité de réduire le délai de présentation des soumissions pour les marchés ayant fait l'objet d'une publicité préalable. Ils peuvent aussi mentionner les cas où la publication de ces informations serait particulièrement souhaitable, comme lorsque des marchés de travaux complexes sont prévus ou lorsque la valeur du marché dépasse un certain seuil. Ils peuvent aussi faire des recommandations sur le contenu souhaitable des informations à publier ainsi que sur d'autres conditions de publication, par exemple une durée, qui peut être de six mois ou d'un an ou une autre période, sur laquelle porte la publication.

37. Contrairement au paragraphe 1, le paragraphe 2 fait référence à la publication d'un préavis concernant une possibilité de marché particulière. Dans la pratique, ces préavis peuvent être utiles, par exemple pour examiner si les fournisseurs ou entrepreneurs existants pourraient répondre aux besoins de l'entité adjudicatrice avant l'ouverture d'une procédure de passation. Ce type d'étude de marché peut être utile dans les secteurs en rapide évolution (tels que le secteur des technologies de l'information) pour savoir si des solutions novatrices viennent de voir le jour ou sont envisagées. Les réponses aux préavis pourraient montrer qu'il ne serait pas possible ou souhaitable de mener la procédure de passation prévue par l'entité adjudicatrice. Sur la base des données recueillies, l'entité adjudicatrice peut prendre une décision plus éclairée quant à la méthode la plus adaptée à la passation du marché à venir. Il convient de ne pas confondre ce préavis avec l'avis demandant aux fournisseurs ou entrepreneurs de manifester leur intérêt, généralement publié lors de la procédure de demande de propositions (cet avis est examiné plus avant au paragraphe ...).

38. La publication facultative mentionnée aux paragraphes 1 et 2 ne fait pas partie d'une procédure de passation particulière. La publication prévue au paragraphe 1 constitue une étape de la planification à moyen ou long terme, tandis que la publication mentionnée au paragraphe 2 peut précéder de peu la procédure de passation. Comme indiqué au paragraphe 3 de l'article, les informations publiées en vertu du paragraphe 1 ou 2 ne lient d'aucune manière l'entité adjudicatrice, notamment en ce qui concerne les futures sollicitations. Les fournisseurs ou entrepreneurs ne peuvent se prévaloir d'aucune voie de droit si la passation n'a pas lieu après avoir fait l'objet d'une publicité préalable ou si elle a lieu dans d'autres conditions que celles énoncées dans la publicité préalable.

39. L'article est d'application générale: l'entité adjudicatrice est encouragée à publier les informations mentionnées aux paragraphes 1 et 2 quels que soient le type de marché et la méthode de passation envisagés. Les États adoptants et les entités adjudicatrices devraient garder à l'esprit toutefois que la publication de ces informations n'est pas toujours souhaitable. L'imposition d'une obligation de publication risque d'être contraignante et d'avoir une incidence sur le processus de budgétisation et sur la souplesse nécessaire à l'entité adjudicatrice pour gérer ses besoins. La publication de ces informations risque aussi involontairement de favoriser la collusion et l'exercice de pressions. Comme le montre l'article, la position adoptée dans la Loi type est donc qu'il faudrait laisser à l'entité adjudicatrice la faculté de décider au cas par cas si ces informations devraient être publiées. On estime néanmoins que la règle par défaut devrait être la publication de ces informations sauf considérations contraires.

40. L'État adoptant voudra peut-être prévoir, dans ses règlements en matière de passation des marchés, le lieu et le mode de publication des informations mentionnées dans l'article. À cet égard, il voudra peut-être tenir compte du commentaire relatif à l'article 5, qui soulève des questions intéressant l'article 6. Il faudrait veiller à la cohérence entre les règles applicables à la publication de tous les types d'informations relatives à la passation de marché en vertu de la Loi type (voir également, dans ce contexte, le commentaire des articles 18, 19, 23 et 33 à 35 ci-dessous [**hyperliens**]).

## Article 7. Communications dans la passation des marchés [**hyperlien**]

41. L'article 7 vise à offrir une sécurité juridique i) quant à la forme des informations générées et communiquées lors d'une passation de marché menée en vertu de la Loi type, ii) quant aux moyens à utiliser pour communiquer ces informations, iii) quant aux moyens de satisfaire à toutes les exigences en matière d'écrit ou de signature et de tenir toute réunion de fournisseurs ou d'entrepreneurs (tous ces éléments sont regroupés sous le terme générique "formes et moyens de communication") et iv) quant aux exigences et mesures destinées à protéger les informations classifiées dans les passations de marchés mettant en jeu ces informations.

42. Concernant les formes et moyens de communication, la position de la Loi type, s'agissant de l'interaction entre, d'une part, l'entité adjudicatrice et, de l'autre, les fournisseurs et entrepreneurs et le grand public, est que l'objectif premier devrait être de chercher à encourager la participation des fournisseurs et entrepreneurs aux procédures de passation de marchés sans entraver l'évolution de la technologie et des procédés. Par conséquent, les dispositions de l'article ne dépendent pas de l'utilisation de technologies particulières ni ne présupposent une telle utilisation. Elles établissent un régime juridique ouvert aux progrès technologiques. Bien qu'elles doivent être interprétées au sens large, ces dispositions, qui abordent toutes les communications lors de la procédure de passation visée par la Loi type, ne visent pas à réglementer les communications régies par d'autres branches du droit, telles que les garanties de soumission.

43. Aux termes du paragraphe 1, les informations doivent être présentées sous une forme qui atteste leur teneur et qui est accessible pour être consultée ultérieurement. Le mot "accessible" dans ce paragraphe suppose que le lecteur ait un accès direct aux informations concernées qui doivent également être lisibles et susceptibles d'interprétation et de conservation. Dans l'article, le mot "consultée" vise non seulement la consultation par l'homme, mais également le traitement automatique. Ces dispositions ont pour but, d'une part, de laisser une marge de manœuvre suffisante quant à l'utilisation de différentes formes d'informations selon l'évolution de la technologie et, d'autre part, de fournir des garanties suffisantes pour que les informations générées et communiquées, quelle qu'en soit la forme, soient consultables, traçables et vérifiables de manière fiable. Il est essentiel que la fiabilité, la traçabilité et la vérification soient suffisantes pour le déroulement normal du processus de passation, pour un contrôle et un audit efficaces et dans le cadre d'une procédure de recours. Le libellé de l'article est compatible avec les conditions de forme figurant dans les textes de la CNUDCI régissant le commerce

électronique, comme l'article 9-2 de la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux [**hyperlien**]. Pas plus que ces textes, la Loi type n'attribue de caractère permanent à une forme d'information déterminée ni n'interfère avec l'application des règles de droit qui peuvent exiger une forme précise. Aux fins de la Loi type, toute forme d'informations peut être utilisée tant qu'elle atteste la teneur des informations en question et qu'elle est accessible pour être consultée ultérieurement. Pour assurer la transparence et la prévisibilité, toute condition particulière de forme acceptable par l'entité adjudicatrice doit être spécifiée par celle-ci au début de la procédure de passation, conformément au paragraphe 3 a) de l'article.

44. Le paragraphe 2 de l'article contient une exception à la condition générale de forme énoncée au paragraphe 1, puisqu'il permet que certains types d'informations soient communiqués à titre préliminaire sous une forme n'en attestant pas la teneur, par exemple lorsque les informations sont communiquées oralement par téléphone ou lors d'une entrevue, pour éviter à l'entité adjudicatrice et aux fournisseurs et entrepreneurs d'être retardés inutilement. Ce paragraphe énumère, en renvoyant aux dispositions pertinentes de la Loi type, les cas dans lesquels cette exception peut s'appliquer. Ils concernent la communication d'informations à un seul fournisseur ou entrepreneur participant à la procédure de passation (par exemple, lorsque l'entité adjudicatrice demande aux fournisseurs ou entrepreneurs de donner des éclaircissements sur leur offre). Toutefois, cette exception est soumise à une condition: immédiatement après que l'information est communiquée, confirmation de la communication doit être donnée au destinataire sous la forme prescrite au paragraphe 1 de l'article (à savoir, une forme qui atteste la teneur des informations et qui soit accessible et puisse être consultée). Cette condition est essentielle pour assurer la transparence, l'intégrité et le traitement juste et équitable de tous les fournisseurs et entrepreneurs dans la passation de marché. Cependant, il peut être difficile en pratique d'en vérifier et d'en imposer le respect. Aussi l'État adoptant souhaitera-t-il peut-être limiter la portée de l'exception telle qu'énoncée au paragraphe 2, de sorte qu'elle ne s'applique qu'aux situations qui sont strictement nécessaires au vu de la pratique commerciale courante dans l'État concerné. Le recours excessif à cette exception pourrait être source d'abus, notamment de corruption et de favoritisme.

45. Conformément à l'approche générale adoptée dans la Loi type selon laquelle l'entité adjudicatrice est chargée de la conception de la procédure de passation, le paragraphe 3 de l'article donne le droit à l'entité adjudicatrice d'insister sur l'utilisation d'une forme et d'un moyen de communication particuliers, ou de plusieurs, au cours de la passation de marché, sans avoir à justifier son choix. Les fournisseurs ou entrepreneurs ne disposent pas d'un tel droit mais, conformément au chapitre VIII de la Loi type [**hyperlien**], ils peuvent contester la décision de l'entité adjudicatrice à cet égard. L'exercice de ce droit par l'entité adjudicatrice est soumis à un certain nombre de conditions visant à faire en sorte que les entités adjudicatrices n'aient pas recours à certaines technologies et à certains procédés à des fins discriminatoires ou à d'autres fins d'exclusion, par exemple pour empêcher ou entraver l'accès à la passation de certains fournisseurs et entrepreneurs.

46. Pour assurer la prévisibilité et des recours en bonne et due forme, ainsi qu'un contrôle et un audit appropriés, le paragraphe 3 de l'article exige que l'entité adjudicatrice spécifie, lorsqu'elle sollicite pour la première fois la participation de

fournisseurs ou d'entrepreneurs à la procédure de passation de marché, toutes les conditions de forme et tous les moyens de communication pour une passation donnée. Il est possible de modifier ces conditions par voie d'additif aux informations publiées initialement conformément à l'article 15 de la Loi type. L'entité adjudicatrice doit indiquer clairement si une ou plusieurs formes et moyens de communication peuvent être utilisés et, dans ce dernier cas, quelle forme et quel moyen doivent l'être pour quel stade de la procédure de passation et pour quels types d'informations ou catégories d'informations ou d'actions. Par exemple, des dispositions spéciales peuvent se justifier pour la soumission de dessins techniques complexes ou d'échantillons, ou pour une sauvegarde nécessaire lorsque les données risquent d'être perdues si elles ne sont soumises que sous une seule forme ou avec un seul moyen. L'entité adjudicatrice peut, dès le début d'une passation donnée, envisager qu'elle pourra avoir besoin de changer les conditions de forme et/ou les moyens de communication. Cette situation pourrait se produire par exemple dans les processus de passation relativement longs, notamment les passations de marchés très complexes ou les passations de marchés reposant sur des accords-cadres. En pareil cas, l'entité adjudicatrice, outre qu'elle se réservera la possibilité de modifier les conditions de forme ou les moyens de communication lorsqu'elle sollicitera pour la première fois la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à la procédure de passation du marché, devra veiller à ce que les garanties énoncées à l'article 7-4 soient respectées lors du choix de toute condition de forme et/ou tout moyen de communication modifié et à ce que tous les intéressés soient promptement avisés du changement. Bien que théoriquement possible, l'utilisation de plusieurs moyens de communication, ou l'indication que les moyens peuvent librement changer pendant la passation, auront presque inévitablement des incidences négatives à la fois sur l'efficacité de la procédure de passation et la validité des informations concernant les moyens de communication, de sorte que les entités adjudicatrices devraient envisager d'utiliser uniquement les moyens de communication et les changements qui soient justifiables et jugés appropriés pour la passation concernée.

47. Pour faire du droit d'accès à la procédure de passation d'un marché en vertu de la Loi type un droit effectif, le paragraphe 4 de l'article exige que les moyens spécifiés conformément au paragraphe 3 de l'article soient couramment utilisés par les fournisseurs ou entrepreneurs dans le contexte considéré. S'agissant des moyens à utiliser pour tenir une réunion, il exige en outre de permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs de participer pleinement et en direct à la réunion. L'expression "pleinement et en direct" signifie dans ce contexte que les fournisseurs et entrepreneurs participant à la réunion ont la possibilité de suivre en temps réel tout le déroulement de la réunion et de communiquer avec d'autres participants si nécessaire. La condition posée au paragraphe 4 de l'article, selon laquelle les moyens mentionnés au paragraphe 3 doivent être ceux couramment utilisés par les fournisseurs ou entrepreneurs, suppose une connectivité et une interopérabilité (c'est-à-dire la capacité pour les systèmes de bien fonctionner ensemble) efficaces et abordables de manière à assurer l'accès à la procédure sans restriction. En d'autres termes, tout fournisseur ou entrepreneur potentiel devrait pouvoir participer à la procédure de passation de marché avec un matériel simple et couramment utilisé ainsi qu'un savoir-faire technique de base. Il ne faudrait toutefois pas en déduire que les systèmes d'information des entités adjudicatrices doivent être interopérables avec ceux de chaque fournisseur ou entrepreneur. Mais, si le moyen

choisi par l'entité adjudicatrice implique l'utilisation de systèmes d'information qui ne sont pas généralement disponibles, faciles à installer (si nécessaire), ni assez simples à utiliser et/ou dont le prix est excessif par rapport à l'utilisation envisagée, ils ne peuvent être considérés comme répondant à la condition d'être "couramment utilisés" dans le cadre d'une passation en vertu du paragraphe 4 de l'article. (L'expression "système d'information" ou "système" couvre dans ce contexte toute la gamme des moyens techniques utilisés dans les communications. Selon la situation de fait, elle pourrait désigner un réseau, des applications et des normes de communication et, dans d'autres cas, des technologies, du matériel, des boîtes aux lettres ou des outils.)

48. Ce paragraphe ne vise pas à faciliter l'accès à la passation des marchés publics en général mais plutôt à une passation de marché spécifique. L'entité adjudicatrice doit décider au cas par cas des moyens de communication qui pourraient être appropriés pour chaque type de passation. Par exemple, le niveau de pénétration de certaines technologies, applications et moyens de communication associés peut varier selon les secteurs d'une économie donnée. En outre, l'entité adjudicatrice doit tenir compte de facteurs tels que la couverture géographique envisagée pour la passation, la couverture et la capacité de l'infrastructure du système d'information du pays, le nombre et le degré de complexité des formalités et procédures à accomplir pour que les communications aient lieu, les connaissances informatiques attendues des fournisseurs ou entrepreneurs potentiels ainsi que les coûts et le temps requis. Lorsque la participation à la procédure de passation n'est pas limitée par des critères de nationalité, l'entité adjudicatrice doit également évaluer l'impact des moyens spécifiés sur l'accès des fournisseurs ou entrepreneurs étrangers. Toutes les conditions pertinentes d'accords internationaux devraient également être prises en compte. Une approche pragmatique, axée sur l'obligation de ne pas restreindre l'accès des fournisseurs ou entrepreneurs potentiels à la passation de marché en question, permettra à l'entité adjudicatrice de déterminer si les moyens choisis sont effectivement "couramment utilisés" dans le cadre d'un marché spécifique et par conséquent s'ils répondent à la condition énoncée dans le paragraphe.

## A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.4 (Original: anglais)

## Note du Secrétariat concernant le Guide révisé pour l'incorporation qui accompagnera la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa vingt et unième session

ADDITIF

Le présent additif contient une proposition concernant le texte du Guide qui accompagnera les articles 7 à 11 du chapitre premier (Dispositions générales) de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

# GUIDE POUR L'INCORPORATION DANS LE DROIT INTERNE DE LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LA PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS

…

## Chapitre premier

## Deuxième partie. Commentaire par article (*suite*)

…

### Article 7. Communications dans la passation des marchés [**hyperlien**] (*suite*)

1. À une époque où les progrès techniques sont rapides, de nouvelles technologies peuvent voir le jour et, pendant un certain temps, n'être pas suffisamment accessibles ou utilisables (que ce soit pour des raisons techniques, de coût ou autres). L'entité adjudicatrice doit chercher à éviter les situations où l'utilisation d'un moyen de communication déterminé dans une procédure de passation de marchés pourrait conduire à une discrimination entre les fournisseurs ou entrepreneurs. Par exemple, le choix exclusif d'un seul moyen pourrait profiter à certains fournisseurs ou entrepreneurs plus habitués à en faire usage au détriment des autres. Des mesures doivent être élaborées pour empêcher tout effet discriminatoire possible (par exemple, en dispensant une formation ou en accordant des délais plus longs pour permettre aux fournisseurs de se familiariser avec les nouveaux systèmes). L'État adoptant pourra considérer que les procédés traditionnels, comme ceux basés sur des supports papier, doivent être maintenus dans un premier temps lorsque de nouveaux procédés sont introduits, et peuvent ensuite être retirés progressivement, pour permettre le passage à de nouveaux procédés.

2. Les dispositions de la Loi type ne font pas de distinction entre les systèmes d'information exclusifs ou non exclusifs pouvant être utilisés par les entités adjudicatrices. Tant qu'ils sont interopérables avec ceux d'usage courant, leur utilisation est conforme aux conditions du paragraphe 4. Néanmoins, l'État adoptant souhaitera peut-être veiller à ce que les entités adjudicatrices examinent avec soin dans quelle mesure les systèmes exclusifs, uniquement conçus pour être utilisés par elles, pourraient comporter des solutions techniques différentes et incompatibles avec celles d'usage courant. Ces systèmes peuvent exiger des fournisseurs ou entrepreneurs qu'ils adoptent un format déterminé ou convertissent leurs données pour s'y conformer. L'accès de fournisseurs ou d'entrepreneurs potentiels, en particulier de petites entreprises, à la passation de marché peut ainsi être bloqué ou leur participation découragée en raison de difficultés supplémentaires ou de coûts plus élevés. De fait, les fournisseurs ou entrepreneurs n'utilisant pas les mêmes systèmes d'information que l'entité adjudicatrice seraient exclus, ce qui ferait courir des risques de discrimination entre les fournisseurs et entrepreneurs et augmenterait le risque d'irrégularités. L'utilisation de systèmes qui auraient un effet fortement négatif sur la participation des fournisseurs et entrepreneurs à la passation de marchés serait incompatible avec les objectifs de la Loi type et du paragraphe 4 de son article 7.

3. D'un autre côté, le recours à des systèmes d'information standard facilement accessibles au public, faciles à installer, relativement simples à utiliser et offrant un choix maximal peut favoriser et encourager la participation des fournisseurs ou entrepreneurs au processus de passation et réduire les risques de discrimination entre eux[1]. Ces systèmes sont également mieux adaptés au secteur public lui-même car ils permettent aux acheteurs publics d'utiliser des systèmes d'information qui ont fait leurs preuves au quotidien sur le marché commercial, de les harmoniser avec un réseau plus large de partenaires commerciaux potentiels et d'éviter d'être captifs de prestataires tiers de systèmes d'information exclusifs, qui peuvent exiger des licences ou redevances rigides. Ils sont en outre faciles à adapter au profil de l'utilisateur, ce qui peut être important, par exemple pour ajuster les systèmes aux langues locales ou pour intégrer des solutions multilingues, et extensibles à l'ensemble des systèmes d'information des organismes publics à un faible coût. Ce dernier point peut être essentiel dans le cadre plus large de réformes de la gouvernance publique impliquant l'intégration de systèmes d'information internes de différents organismes publics.

4. La Loi type n'aborde pas la question des droits d'accès et d'utilisation des systèmes d'information de l'entité adjudicatrice. Cette question est laissée à l'État adoptant, qui décide en tenant compte des circonstances locales. Ces circonstances peuvent évoluer dans le temps et influer sur la politique de l'État adoptant en la matière. L'État adoptant devrait évaluer avec soin dans quelle mesure une redevance influe sur l'accès des fournisseurs et entrepreneurs au marché, afin de préserver les objectifs de la Loi type tels que favoriser et encourager la participation des fournisseurs et entrepreneurs à la procédure de passation, ainsi que promouvoir la concurrence. Dans l'idéal, aucune redevance ne devrait être demandée pour l'accès aux systèmes d'information de l'entité adjudicatrice et leur utilisation. S'il en est demandé une, elle devrait être transparente, justifiée, raisonnable et proportionnée,

---

[1] Certains commentateurs ont mis en doute la validité de cette affirmation: il est demandé au Groupe de travail de donner un nouvel avis.

et ne devrait entraîner aucune discrimination ni restriction en ce qui concerne l'accès à la procédure de passation.

5. L'objectif du paragraphe 5 de l'article (qui exige des mesures appropriées garantissant l'authenticité, l'intégrité et la confidentialité des informations) est de renforcer la confiance des fournisseurs et entrepreneurs dans la fiabilité de la procédure de passation, notamment pour ce qui est du traitement des informations commerciales. Cette confiance dépendra du sentiment qu'auront les utilisateurs que des garanties appropriées existent pour ce qui est de la sécurité du système d'information utilisé, de la préservation de l'authenticité et de l'intégrité des informations transmises au moyen de ce système et d'autres facteurs dont chacun fait l'objet de différents règlements et solutions techniques. D'autres aspects et branches du droit entrent en jeu, en particulier ceux touchant le commerce électronique, la gestion des dossiers, la procédure judiciaire, la concurrence, la protection des données et la confidentialité, la propriété intellectuelle et les droits d'auteur. La Loi type et les règlements en matière de passation des marchés pouvant être adoptés conformément à l'article 4 de la Loi type ne représentent par conséquent qu'une petite partie du cadre législatif pertinent. En outre, la fiabilité de la procédure de passation devrait être abordée dans un cadre général de bonne gouvernance traitant des questions de personnel, de gestion et d'administration dans l'entité adjudicatrice et dans l'ensemble du secteur public.

6. Les solutions techniques et juridiques visant à garantir l'authenticité, l'intégrité et la confidentialité peuvent varier selon les circonstances et les contextes. En les élaborant, il convient de tenir compte de leur efficacité mais aussi de l'effet discriminatoire ou anticoncurrentiel qu'elles pourraient avoir, notamment dans le contexte international. L'État adoptant doit s'assurer au moins que les systèmes sont configurés de manière à pouvoir y effectuer un examen et un audit indépendants et en particulier vérifier quelles informations ont été transmises ou rendues disponibles, par qui, à qui et quand, y compris la durée de la communication, et que le système peut reconstituer la suite des événements. Le système doit offrir une protection suffisante contre toute action non autorisée visant à perturber le cours normal d'une procédure de passation des marchés publics. Il faut mettre en place des technologies permettant d'atténuer le risque de perturbations d'origine humaine ou autre. Pour renforcer la confiance dans la procédure de passation et la transparence de celle-ci, les mesures de protection pouvant avoir des incidences sur les droits et obligations des fournisseurs et entrepreneurs potentiels devraient être précisées à ces derniers dès le début de la procédure de passation ou portées à la connaissance du public. Le système doit garantir aux fournisseurs et entrepreneurs l'intégrité et la sécurité des données qu'ils soumettent à l'entité adjudicatrice et la confidentialité des informations qui devraient être traitées comme confidentielles et leur garantir également que les informations qu'ils soumettent ne seront pas utilisées de manière inappropriée. Une autre question liée à la confiance est celle de la propriété des systèmes et de l'appui qui leur est fourni. Toute intervention de tiers doit être traitée avec soin afin que les arrangements pris n'ébranlent pas la confiance des fournisseurs et entrepreneurs ni du public en général dans la procédure de passation. (D'autres points intéressant les dispositions de l'article 7 sur la forme et les moyens de communication sont examinés dans le commentaire des articles 40 et 42 du présent Guide [**hyperlien**].)

7. Outre les exigences concernant la forme et les moyens de communication, cet article traite des mesures et prescriptions que l'entité adjudicatrice peut imposer dans le cas d'une passation de marché mettant en jeu des informations classifiées pour assurer la protection de ces informations au niveau requis. Les dispositions en ce sens se trouvent au paragraphe 3 b). Par exemple, il est courant, dans une passation de marché mettant en jeu des informations classifiées, que ces informations figurent dans un appendice au dossier de sollicitation, qui n'est pas rendu public. Toute mesure de cet ordre, toute autre exception aux règles de transparence de la Loi type ou toute autre mesure destinée à protéger des informations classifiées doit être signalée au début de la passation, conformément au paragraphe 3 de cet article. (Pour la définition de l'expression "passation de marché mettant en jeu des informations classifiées" et le commentaire s'y rapportant, voir l'article 2 l) [**hyperlien**].)

8. Il convient d'établir une distinction entre les mesures et prescriptions visées au paragraphe 3 b) et les mesures visées au paragraphe 5 de cet article. Ces dernières font référence aux conditions et mesures générales s'appliquant à toute passation, qu'elle mette ou non en jeu des informations classifiées, alors que le paragraphe 3 b) concerne les exigences et mesures techniques auxquelles les fournisseurs ou entrepreneurs doivent se conformer pour assurer l'intégrité des informations classifiées, telles que les exigences de cryptage. Elles permettraient à l'entité adjudicatrice de préciser par exemple le niveau de l'agent chargé de recevoir les informations concernées. Ces prescriptions et mesures ne seraient autorisées par les règlements en matière de passation des marchés ou d'autres dispositions de la législation de l'État adoptant que dans le cas d'une passation de marché mettant en jeu des informations classifiées et seulement pour ce type d'informations, à l'exclusion des autres informations que l'entité adjudicatrice pourrait choisir de protéger à sa discrétion.

## Article 8. Participation des fournisseurs ou entrepreneurs [**hyperlien**]

9. L'article 8 précise les motifs pour lesquels l'entité adjudicatrice peut restreindre la participation de certaines catégories de fournisseurs ou d'entrepreneurs à une procédure de passation de marchés (par. 1 et 2) et prévoit les garanties procédurales qui entrent en jeu lorsqu'une telle restriction est imposée (par. 3 à 5). Toute restriction de la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à une procédure de passation restreint les échanges et peut contrevenir aux engagements pris par les États dans le cadre des instruments internationaux pertinents tels que l'Accord sur les marchés publics (AMP) de l'OMC [**hyperlien**].

10. Les paragraphes 1 et 2 précisent que les motifs de restriction de la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à une procédure de passation de marchés se limitent à ceux qui figurent dans les règlements en matière de passation des marchés ou d'autres dispositions de la législation de l'État adoptant. Alors que le paragraphe 1 vise la restriction au motif de la nationalité, le paragraphe 2 est ouvert en ce qui concerne la nature du motif pouvant se trouver dans les règlements en matière de passation des marchés ou d'autres dispositions de la législation de l'État adoptant. Les politiques socioéconomiques de l'État adoptant peuvent

comporter des restrictions fondées sur les motifs énoncés dans l'un ou l'autre de ces paragraphes mais les dispositions elles-mêmes ne se limitent pas aux questions socioéconomiques: d'autres questions intéressant l'État, telles que la sûreté et la sécurité, peuvent justifier ces restrictions.

11. Le paragraphe 1 ne vise pas uniquement la "passation de marché national" au sens où seuls les fournisseurs ou entrepreneurs nationaux, tels que définis par l'État adoptant, seraient autorisés à participer à la procédure (la passation de marché national éteignant l'obligation de sollicitation internationale visée à l'article 32). Il peut s'agir de la passation d'un marché international dont seules certaines nationalités sont exclues, par exemple lorsque le droit international public impose à l'État adoptant d'éviter de traiter avec des personnes d'un État faisant l'objet de sanctions internationales.

12. Le paragraphe 2 vise les situations où la restriction de la participation à la procédure de passation se fonde entièrement ou partiellement sur d'autres motifs, telles que la mise en œuvre de programmes réservés aux petites et moyennes entreprises (PME) ou aux entreprises de zones défavorisées. Il peut s'appliquer comme le paragraphe 1 à la passation de marchés nationaux (par exemple une passation ouverte uniquement aux fournisseurs ou entrepreneurs des régions défavorisées du même État), ou à la passation de marchés internationaux limitée à certains groupes de fournisseurs ou d'entrepreneurs (par exemple les personnes handicapées)[2].

13. Si l'entité adjudicatrice se fonde sur un des motifs prévus dans les règlements en matière de passation des marchés ou d'autres dispositions de la législation pour restreindre la participation à une procédure de passation, le paragraphe 3 lui impose de faire une déclaration en ce sens au début de la procédure. Cette déclaration doit être publiée de la même manière et au même endroit que les informations originales concernant la procédure de passation, telles que l'invitation à participer à la procédure (par exemple à la préqualification ou à l'enchère) ou l'avis de passation de marchés visé à l'article 33, et en même temps que celles-ci. Pour assurer un traitement juste et équitable des fournisseurs ou entrepreneurs, cette déclaration ne peut être modifiée ultérieurement.

14. Dans le cas de la passation d'un marché national, l'entité adjudicatrice peut aussi invoquer d'autres exceptions dans le dossier de sollicitation, comme la dérogation à l'obligation de fournir des informations sur la monnaie et les langues, qui ne seront peut-être pas utiles dans ce contexte (voir en outre le commentaire des articles relatifs au dossier de sollicitation, notamment l'article 39 [**hyperlien**]).

15. Les paragraphes 4 et 5 contiennent d'autres garanties procédurales. Le paragraphe 4 impose à l'entité adjudicatrice de verser au procès-verbal les raisons et

---

[2] Il a été suggéré au sein du Groupe de travail que le Guide souligne que cet article vise des mesures clairement discriminatoires autorisées par les règlements en matière de passation des marchés et d'autres dispositions de la législation de l'État adoptant, mais que dans la pratique certaines mesures peuvent avoir un effet involontaire tout aussi discriminatoire à l'égard des fournisseurs ou entrepreneurs, que ce soit sur le plan national ou international (par exemple, imposer l'utilisation de la langue parlée uniquement par la minorité au pouvoir dans un État, ou des exigences techniques reflétant des normes en usage dans une seule région du pays ou un seul pays de la région) (voir A/CN.9/WG.I/WP.75/Add.1, note 47). Il convient de préciser à quel endroit du Guide figurerait cette déclaration.

circonstances sur lesquelles elle s'est fondée pour justifier sa décision, en indiquant en particulier la source juridique du motif invoqué pour restreindre la participation. Le paragraphe 5 dispose que la même information doit être fournie à tout membre du public qui en fait la demande. Une décision de limiter la participation est un exemple de cas où l'entité adjudicatrice doit étayer les raisons et circonstances de sa décision par des motifs juridiques, comme l'expliquent l'introduction de ce chapitre ci-dessus [**hyperlien**] et le commentaire de l'article 25 relatif au procès-verbal ci-dessous [**hyperlien**].

## Article 9. Qualifications des fournisseurs et entrepreneurs [**hyperlien**]

16. Cet article vise à: dresser une liste exhaustive de critères que l'entité adjudicatrice peut utiliser pour évaluer les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs à tous les stades de la procédure de passation de marchés (par. 2); réglementer d'autres conditions et procédures qu'elle peut imposer à cette fin (par. 3 à 7); et énumérer les motifs de disqualification (par. 8). Ces dispositions visent à limiter la possibilité pour les entités adjudicatrices de formuler des exigences ou des critères trop stricts concernant les qualifications et de limiter en les appliquant le nombre de participants, aux fins notamment de réduire leur propre charge de travail.

17. Cet article vise également à empêcher que la procédure de qualification ne soit détournée pour restreindre l'accès au marché au moyen de barrières cachées (que ce soit au niveau national ou international). Des exigences concernant des licences particulières, des diplômes peu courants, une présence en personne ou une expérience appropriée peuvent se justifier dans le cas d'une passation donnée ou être le signe d'une tentative de fausser la participation en faveur d'un fournisseur ou entrepreneur ou d'un groupe de fournisseurs ou entrepreneurs. Les dispositions sont donc souples et le risque d'utilisation malveillante est atténué par les dispositions du paragraphe 2 sur la transparence, qui permettent d'évaluer la pertinence d'exigences données. Il serait particulièrement préoccupant que des exigences superflues utilisées de manière occulte pour limiter la participation des fournisseurs étrangers créent directement ou indirectement une discrimination à leur encontre (si par exemple la restriction autorisée en vertu de l'article 8 n'est pas explicitement invoquée, comme l'explique le commentaire des paragraphes 2 e) et 6) ci-dessous).

18. Comme il est dit au paragraphe 1 de cet article, les dispositions de celui-ci peuvent s'appliquer à tous les stades de la procédure de passation de marchés. L'évaluation des qualifications peut se faire: i) au début de la procédure, lors de la préqualification visée à l'article 18 [**hyperlien**] ou lors de la présélection visée à l'article 49-3; ii) lors de l'examen des soumissions (voir par exemple l'article 43-3 a), qui dispose qu'une offre peut être rejetée au motif que le fournisseur n'est pas qualifié); iii) à tout autre moment de la procédure de passation où les fournisseurs ou entrepreneurs préqualifiés sont priés de justifier à nouveau de leurs qualifications (voir le paragraphe 8 d) de cet article et le commentaire au paragraphe ... ci-dessous); et/ou iv) à la fin de la procédure de passation, lorsque seules les qualifications du fournisseur ou de l'entrepreneur retenu sont évaluées (voir art. 57-2 [**hyperlien**]) ou lorsqu'il est prié de justifier à nouveau de ses qualifications (art. 43-6 [**hyperlien**]).

19. L'évaluation des qualifications au début de la procédure, à la préqualification ou à la présélection, peut s'avérer utile pour certaines passations mais peut aussi avoir pour effet de limiter la concurrence et l'entité adjudicatrice ne doit donc y recourir qu'en cas de nécessité: la Loi type encourage une concurrence ouverte à moins qu'il n'y ait une raison de limiter la participation. Les dispositions du chapitre VIII de la Loi type [**hyperlien**] permettent de contester les décisions de disqualification rendues au début de la procédure de passation mais seulement si le recours est soumis avant la date limite de présentation des soumissions. Ce délai limité, assorti de dispositions plus strictes sur la suspension de la procédure de passation, garantit que la procédure de passation ne sera pas perturbée aux stades ultérieurs pour des motifs sans rapport avec ceux-ci.

20. Le paragraphe 2 énumère les critères de qualification pouvant être utilisés dans le processus. Ces critères doivent être pertinents et appropriés par rapport à l'objet du marché. L'entité adjudicatrice ne doit pas appliquer l'ensemble des critères énumérés au paragraphe 2 mais se limiter à ceux qui sont appropriés aux fins de la passation considérée. Elle doit préciser dans les dossiers de préqualification, de présélection et de sollicitation les critères qui seront utilisés, ce qui permet d'évaluer leur pertinence mais aussi de les contester avant la conclusion du marché.

21. L'exigence du paragraphe 2 a) selon laquelle les fournisseurs ou entrepreneurs doivent avoir les "équipements et autres moyens matériels nécessaires" ne vise pas à restreindre la participation des PME à la passation des marchés publics. Souvent, ces entreprises ne possèdent pas elles-mêmes les équipements et moyens nécessaires mais peuvent cependant s'assurer que leurs sous-traitants ou leurs partenaires les mettront à leur disposition aux fins de l'exécution du marché.

22. Au paragraphe 2 b), la mention des "autres normes" vise à indiquer que l'entité adjudicatrice devait être en droit de s'assurer, par exemple, que les fournisseurs ou entrepreneurs ont toutes les assurances requises et d'imposer une habilitation en matière de sécurité ou de tenir compte des aspects environnementaux, si nécessaire. Les normes environnementales en particulier pouvant avoir pour effet d'exclure des fournisseurs étrangers (si elles varient d'une région à l'autre), l'État adoptant voudra peut-être formuler des règles ou des orientations sur l'application de ces normes afin que les entités adjudicatrices puissent les appliquer sans s'exposer à des procédures de recours. Il s'agit ici des normes et processus généralement appliqués par les fournisseurs ou entrepreneurs et non des caractéristiques environnementales de l'objet du marché (qui font l'objet du commentaire des articles 10 et 11 ci-dessous [**hyperliens**]).

23. Il convient d'appliquer le paragraphe 2 e) en ayant à l'esprit l'effet discriminatoire qu'il pourrait avoir sur les fournisseurs ou entrepreneurs étrangers ne disposant pas d'une présence permanente (filiale, bureau de représentation ou succursale) dans l'État adoptant. Les fournisseurs étrangers ne seront généralement pas tenus de payer des impôts ou des cotisations sociales dans l'État adoptant; l'article 8 interdit à l'entité adjudicatrice d'imposer des conditions autres que celles prévues dans les règlements en matière de passation des marchés ou dans d'autres dispositions de la législation de l'État adoptant, et qui auraient pour effet d'empêcher les fournisseurs ou entrepreneurs étrangers de participer à la passation.

24. Le paragraphe 2 f) de l'article 9 fait référence à la disqualification de fournisseurs ou d'entrepreneurs à la suite d'une procédure administrative de

suspension ou d'exclusion. Une telle procédure administrative – dans laquelle le fautif présumé devrait bénéficier du droit à une procédure régulière et notamment de la possibilité de réfuter les accusations – est couramment utilisée pour suspendre ou exclure des fournisseurs ou entrepreneurs reconnus coupables d'une faute (états financiers faux ou trompeurs, fraude...). Il est à noter que la Loi type laisse à l'État adoptant le soin de fixer la période durant laquelle une infraction pénale telle que celles visées au paragraphe 2 f) devrait priver un fournisseur ou entrepreneur de la possibilité d'entrer en ligne de compte pour un marché. Pour le commentaire général sur la procédure d'exclusion, voir la section ** du commentaire général ci-dessus [**hyperlien**].

25. Le paragraphe 3 permet à l'entité adjudicatrice d'exiger des fournisseurs ou entrepreneurs les pièces ou autres renseignements pertinents prouvant qu'ils satisfont aux critères figurant dans le dossier de préqualification ou de présélection et dans le dossier de sollicitation. Il peut s'agir de rapports annuels vérifiés (attestant de ressources financières), d'inventaires d'équipements et autres moyens matériels, d'autorisations à entreprendre certains types d'activités ou de certificats de conformité aux normes applicables, confirmant leur capacité juridique. En fonction de l'objet du marché et du stade de la procédure de passation auquel les critères de qualification sont évalués, une simple déclaration du fournisseur ou de l'entrepreneur peut suffire. Une telle déclaration peut suffire par exemple à l'ouverture d'une enchère électronique inversée en tant que procédure autonome s'il est prévu que les qualifications du fournisseur retenu seront vérifiées par rapport aux critères applicables après l'enchère. Les exigences concernant les pièces ou autres renseignements pertinents doivent s'appliquer de manière égale à tous les fournisseurs ou entrepreneurs et se justifier objectivement compte tenu de l'objet du marché (voir par. 4 et 6 de l'article).

26. Le paragraphe 4 dispose que l'ensemble des critères et conditions concernant l'évaluation des qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs doivent être énoncés dans le dossier de préqualification ou de présélection et dans le dossier de sollicitation. Dans certains pays, des conditions de qualification standard se trouvent dans les règlements en matière de passation des marchés et les dossiers de qualification, de présélection ou de sollicitation peuvent simplement renvoyer à ces règlements. Aux fins de la transparence et de l'égalité de traitement, la Loi type exige que toutes les exigences figurent dans les documents pertinents; ceux-ci peuvent toutefois satisfaire aux exigences du paragraphe 4 en renvoyant aux conditions de qualification figurant dans des textes juridiques transparents et aisément disponibles (par exemple au moyen d'hyperliens).

27. Le paragraphe 6 interdit toutes mesures qui pourraient avoir un effet discriminatoire dans l'évaluation des qualifications ou ne se justifient pas objectivement, à moins qu'elles ne soient expressément autorisées par la législation de l'État adoptant. Malgré cette interdiction dans la Loi type, certaines mesures pratiques telles que le choix de la langue, bien que justifiables objectivement, peuvent conduire à des discriminations à l'encontre de fournisseurs ou d'entrepreneurs ou de certaines catégories d'entre eux.

28. Afin de faciliter la participation d'entrepreneurs et de fournisseurs étrangers, le paragraphe 7 interdit d'imposer des conditions concernant l'authentification des pièces fournies à l'appui des qualifications à d'autres fournisseurs ou entrepreneurs que celui qui a présenté la soumission retenue. Ces exigences doivent être prévues

dans la législation de l'État adoptant concernant l'authentification des documents de ce type. Cet article n'exige pas l'authentification de tous les documents fournis par le fournisseur ou l'entrepreneur gagnant. Au contraire, il reconnaît que les États ont une législation en la matière et pose le principe qu'aucune formalité supplémentaire ne devrait être imposée en ce qui concerne la procédure de passation de marchés.

29. Le paragraphe 8 a) à c) traite des conséquences liées à la présentation, par des fournisseurs ou entrepreneurs, d'informations fausses, fallacieuses, comportant des erreurs ou des omissions. L'alinéa a) prévoit la disqualification du fournisseur en cas de présentation d'informations fausses ou fallacieuses. L'alinéa b) autorise l'entité adjudicatrice à disqualifier un fournisseur ou entrepreneur si les informations qu'il a présentées concernant ses qualifications comportent "des erreurs ou omissions substantielles"[3]. En vertu de l'alinéa c), une entité adjudicatrice peut disqualifier un fournisseur pour des erreurs ou omissions non substantielles uniquement si le fournisseur n'y remédie pas alors qu'elle le lui demande.

30. Le paragraphe 8 a) à c) vise à garantir à la fois les intérêts des fournisseurs et entrepreneurs, qui devront être traités équitablement, et de l'entité adjudicatrice, qui ne conclura de marché qu'avec un fournisseur ou entrepreneur qualifié, tout en accordant une souplesse en ce qui concerne les imprécisions d'importance mineure[4].

31. Le paragraphe 8 d) prévoit que les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs préqualifiés seront confirmées à un stade ultérieur de la procédure de passation, par exemple lors de l'examen des soumissions. L'entité adjudicatrice peut ainsi s'assurer que les renseignements fournis par un fournisseur ou entrepreneur en vue de la qualification au moment de la présélection restent valables et exacts, de nouveau à l'aide des garanties procédurales décrites au paragraphe précédent. Dans la plupart des passations de marchés (sauf peut-être les passations longues et complexes à phases multiples), l'application de ces dispositions devrait se limiter au fournisseur ou à l'entrepreneur ayant présenté la soumission à retenir, comme le prévoient les articles 43-6, 43-7 et 57-2 de la Loi type.

## Article 10. Règles concernant la description de l'objet du marché et les conditions du marché ou de l'accord-cadre [**hyperlien**]

32. L'article 10 souligne qu'il importe que l'objet du marché soit décrit de manière claire, précise, complète et objective dans le dossier de préqualification ou de présélection et dans le dossier de sollicitation. Une description ainsi faite encourage la participation des fournisseurs et entrepreneurs à la procédure de passation; elle leur permet de formuler et de présenter des soumissions répondant aux besoins de l'entité adjudicatrice et de prévoir les risques et les coûts de leur participation à la procédure de passation et de l'exécution du marché ou de l'accord-cadre, et donc de proposer les prix et conditions les plus avantageux. De

---

[3] La Commission a demandé que le terme "substantielles" fasse l'objet d'une explication dans le Guide et que toutes les versions linguistiques soient conformes à celle-ci.

[4] Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la manière de parer aux risques évidents de corruption, en associant les notions rattachées aux termes "substantiel" et "information fallacieuse" à une norme objective.

plus, une description bien préparée de l'objet du marché permet d'évaluer et de comparer les offres sur une même base, ce qui est une des exigences fondamentales de la méthode de l'appel d'offres. Elle favorise en outre la transparence et réduit les risques d'actes ou de décisions erronés, arbitraires ou abusifs de la part de l'entité adjudicatrice. En outre, l'application de la règle selon laquelle la description de l'objet du marché devrait être formulée de manière à ne favoriser aucun fournisseur ou entrepreneur augmentera la probabilité qu'un plus grand nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs puisse répondre aux besoins de l'entité adjudicatrice, ce qui facilitera le recours à une méthode de passation de marchés aussi compétitive que les circonstances le permettent (et aidera en particulier à limiter le recours abusif à la sollicitation d'une source unique).

33. Ces dispositions, associées à l'obligation procédurale de publier la description de l'objet du marché dans le dossier de sollicitation en vertu de l'article 39 d) (ou l'équivalent pour d'autres méthodes de passation ouvertes) [**hyperliens**], assurent la transparence, l'objectivité et la participation. Les deux premiers paragraphes garantissent l'accès au marché en interdisant tout traitement discriminatoire, tandis que les autres visent à ce que tous les fournisseurs ou entrepreneurs comprennent les conditions de la même manière.

34. Les exigences minimales mentionnées au paragraphe 1 visent également à permettre l'utilisation de deux méthodes de passation conformément au chapitre V de la Loi type: l'appel d'offres en deux étapes et la demande de propositions avec dialogue (conformément aux articles 30-1 a) et 30-2 a) [**hyperliens**]). Le recours à ces méthodes est subordonné à l'impossibilité de formuler une description "détaillée" de l'objet du marché telle que prescrite à l'alinéa b), au début de la procédure dans le cas d'un appel d'offres en deux étapes et en général dans le cas d'une demande de propositions avec dialogue. (Pour un examen plus approfondi de cette question, voir le commentaire relatif à ces méthodes de passation ci-dessous [**hyperliens**].)**[5]

35. En revanche, les paragraphes 3 à 5 n'imposent aucune obligation absolue. Le paragraphe 3 dresse la liste des éléments pouvant être compris dans la description. Le paragraphe 4 dispose que la description doit être objective, dans la mesure où cela est possible, et accorde à l'entité adjudicatrice la souplesse d'utiliser des caractéristiques techniques, qualitatives et de performance selon les circonstances: la description peut reposer sur ce dont l'objet est constitué (description technique) ou sur ce que l'objet vise à faire (description fonctionnelle). Dans une description technique, le risque d'utiliser des marques de fabrique ou de commerce qui limiteront l'accès au marché est plus élevé. C'est pourquoi le paragraphe 4 précise que les marques de fabrique ou de commerce ne peuvent être mentionnées que lorsqu'il n'existe pas d'autre moyen suffisamment précis ou intelligible de décrire l'objet, et que la sollicitation précise les caractéristiques principales de l'objet recherché et indique expressément que l'article portant le nom de marque "ou l'équivalent" peut être proposé. Les règlements en matière de passation des marchés, ou les orientations émanant de l'organisme public de passation de marchés ou tout autre organisme compétent, pourraient traiter utilement de la liberté

---

[5] Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la manière dont cette prescription s'applique dans le contexte des accords-cadres ouverts. Des indications peuvent être données également au chapitre VII, avec renvoi au présent chapitre.

d'appréciation à laisser à l'entité adjudicatrice concernant l'utilisation des marques de fabrique ou de commerce dans de telles circonstances, compte tenu de la portée potentielle de cette disposition. À cet égard, il convient de considérer l'interaction entre les paragraphes 4 et 5: lorsqu'existe une norme sectorielle d'emploi courant pouvant être énoncée en termes commerciaux normalisés, autoriser l'utilisation de marques de fabrique ou de commerce au lieu d'une très longue description technique pourrait permettre aux fournisseurs de mieux comprendre les besoins de l'entité adjudicatrice. Dans de tels cas, il faudra toutefois vérifier que l'entité adjudicatrice est disposée à accepter des équivalents, ce qui est une garantie nécessaire. De plus, il faudra fournir des indications sur la manière dont les fournisseurs doivent démontrer l'équivalence et assurer l'objectivité à cet égard.

36. La référence du paragraphe 4 aux caractéristiques techniques et qualitatives pertinentes ou aux caractéristiques de performance peut également inclure des caractéristiques relevant de la protection de l'environnement ou d'autres politiques socioéconomiques de l'État adoptant[6].

37. Dans certains pays, des pratiques exigeant que le dossier de préqualification ou de présélection et le dossier de sollicitation indiquent la source servant de référence aux termes techniques employés (telle que le vocabulaire commun pour les marchés publics (CPV) de l'Union européenne **(équivalent utilisé dans le système des Nations Unies [**hyperliens**]**)) se sont avérées utiles, à l'appui de la prescription concernant les termes commerciaux normalisés figurant au paragraphe 5.

## Article 11. Règles concernant les critères et procédures d'évaluation [**hyperlien**]

38. Cet article énonce les exigences régissant la formulation, la communication et l'application des critères d'évaluation par l'entité adjudicatrice. Les règles principales énoncées aux paragraphes 1 et 6 de cet article sont que, à l'exception des critères socioéconomiques énumérés au paragraphe 3, tous les critères d'évaluation appliqués par l'entité adjudicatrice doivent avoir un lien avec l'objet du marché (voir par. 1). Cette exigence vise à assurer l'objectivité du processus et à éviter que la procédure ne soit faussée au moyen de critères qui favoriseraient un fournisseur ou entrepreneur ou un groupe de fournisseurs ou d'entrepreneurs. Les dispositions sont souples (elles ne donnent pas une liste exhaustive de critères[7]) afin de permettre à l'entité adjudicatrice d'adapter les critères aux circonstances de la

---

[6] Il a été suggéré au sein du Groupe de travail que le Guide explique la manière dont les facteurs socioéconomiques peuvent être pris en compte dans la description de l'objet du marché et l'établissement des conditions du marché ou d'un accord-cadre. Il est demandé de fournir au Secrétariat des orientations sur la portée du commentaire, qui pourrait concerner par exemple l'utilisation d'exigences appropriées et pertinentes par référence aux normes nationales, afin d'éviter que la souplesse à cet égard ne puisse ponctuellement donner lieu à une utilisation abusive, sur l'interaction des exigences socioéconomiques pouvant s'appliquer aux articles 9, 10 et 11 et sur l'utilisation des mécanismes de transparence aux fins de l'objectivité du processus. Voir aussi les indications se rapportant aux articles 9 et 11.

[7] La section du Guide expliquant les modifications apportées au texte de 1994 devra indiquer qu'on s'est écarté de l'approche consistant à fournir la liste complète des critères d'évaluation dans la Loi type (voir article 34-4 de la Loi type de 1994).

passation de marché. Comme on l'a dit plus haut à propos des critères de qualification, les mécanismes de transparence accompagnant les exigences de fond – selon lesquels seuls les critères et procédures énoncés dans le dossier de sollicitation peuvent être utilisés pour évaluer les soumissions et déterminer quelle est la soumission à retenir – visent à permettre d'évaluer l'objectivité du processus et, si nécessaire, de former un recours[8].

39. Le principe énoncé au paragraphe 1 selon lequel les critères d'évaluation doivent avoir un lien avec l'objet du marché est fondamental pour garantir le meilleur rapport qualité-prix et juguler les abus. Il contribue également à différencier les critères à appliquer en vertu du paragraphe 2 de cet article des critères exceptionnels ne pouvant être appliqués qu'en vertu du paragraphe 3 de l'article, comme il est expliqué au paragraphe ... ci-dessous.

40. Le paragraphe 2 énonce une liste indicative de critères d'évaluation, étant entendu que tous les critères ne s'appliqueront pas à l'ensemble des situations et qu'il serait impossible de dresser une liste exhaustive de critères d'évaluation pour tous les types de passation de marchés, aussi générale soit leur formulation. L'entité adjudicatrice peut même appliquer des critères d'évaluation sortant des grandes catégories visées au paragraphe 2 à condition qu'ils répondent à l'exigence énoncée au paragraphe 1: avoir un lien avec l'objet du marché. L'État adoptant voudra peut-être prévoir d'autres règles ou orientations afin d'aider les entités adjudicatrices à concevoir des critères d'évaluation appropriés et pertinents.

41. Selon les circonstances de la passation de marchés, les critères d'évaluation peuvent être très simples, tels le prix et les critères ayant un lien étroit avec celui-ci (quantités, période de garantie, délai de livraison...) ou très complexes, englobant des considérations socioéconomiques telles que les caractéristiques de l'objet du marché liées à la protection de l'environnement. Le choix de la soumission à retenir sur la base du prix seul est la méthode la plus objective et la plus prévisible mais, dans certaines procédures, l'entité ne peut choisir une soumission sur cette seule base ou, quand bien même elle le pourrait, cette solution peut ne pas être appropriée. C'est pourquoi la Loi type permet à l'entité adjudicatrice de retenir la "soumission la plus avantageuse", c'est-à-dire celle retenue sur la base du prix et d'autres critères. Les alinéas b) et c) du paragraphe 2 donnent des exemples de ces critères additionnels. (Le paragraphe 3 énonce d'autres critères possibles sans lien avec l'objet du marché, expliqués plus en détail au paragraphe ... ci-dessous.)[9]

42. Les critères énoncés au paragraphe 2 c) (expérience, fiabilité et compétence professionnelle et en matière de gestion du fournisseur ou de l'entrepreneur et du personnel intervenant dans la fourniture de l'objet du marché) ne s'appliqueraient que dans le cas d'une procédure de demande de propositions. La raison en est que la procédure de demande de propositions s'utilise traditionnellement pour acquérir des "services de type intellectuel" (notamment dans le domaine de l'architecture, du droit, de la médecine ou du génie civil) pour lesquels l'expérience, la fiabilité et les

---

[8] Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer si ce paragraphe devrait être complété, notamment par des exemples.

[9] Il est demandé au Groupe de travail de déterminer s'il conviendrait de modifier la dernière partie de ce paragraphe pour permettre une prise en compte plus équilibrée des facteurs liés à la qualité et au prix. Tel qu'il se présente actuellement, le paragraphe fait davantage penser à l'"offre la plus basse selon l'évaluation" qu'à la "soumission la plus avantageuse".

compétences professionnelles et de gestion des personnes fournissant ce service importent au plus haut point. Il convient de souligner qu'il s'agit ici de critères d'évaluation et non de qualification. Les mêmes caractéristiques pourraient constituer aussi bien des critères de qualification que des critères d'évaluation, mais les premiers sont des exigences minimales, alors que les seconds sont les avantages que l'entité adjudicatrice évalue de manière concurrentielle afin d'attribuer le contrat.

43. L'exigence du paragraphe 4, selon laquelle les critères autres que le prix doivent dans la mesure où cela est faisable être objectifs, quantifiables et exprimés en termes pécuniaires, vise à permettre une évaluation et une comparaison des soumissions sur une base commune, afin de réduire le risque de décisions arbitraires. L'expression "dans la mesure où cela est faisable" a été incluse compte tenu du fait que dans certaines procédures de passation de marchés, telles que la procédure de demande de propositions avec dialogue (article 49 de la Loi type), il ne serait pas réaliste ni approprié d'exprimer en termes pécuniaires l'ensemble des critères d'évaluation autres que le prix. L'État adoptant voudra peut-être préciser, dans les règlements en matière de passation des marchés et/ou dans les orientations émanant de l'organisme public de passation de marchés ou tout autre organisme compétent, comment ces critères doivent être exprimés en termes pécuniaires lorsque cela est faisable.

44. Un groupe spécial de critères d'évaluation comprend ceux énoncés au paragraphe 3, par lesquels l'État adoptant poursuit ses politiques socioéconomiques (voir la définition de cette expression à l'article 2 n) de la Loi type, le commentaire s'y rapportant et la section ** du commentaire général ci-dessus [**hyperliens**]). Le paragraphe 3 couvre deux situations: celle où les règlements en matière de passation des marchés ou d'autres dispositions de la législation de l'État adoptant laissent l'entité adjudicatrice libre de prendre en compte les critères pertinents et celle où ils l'obligent à le faire. Il est peu probable que ces critères d'application générale soient admis comme critères d'évaluation au sens du paragraphe 2 puisqu'ils sont généralement sans lien avec l'objet du marché. On peut donner comme exemples la manière dont l'entité adjudicatrice peut éliminer les sous-produits d'un processus de fabrication ou compenser les émissions de carbone découlant de la production des biens et services concernés, ou la mesure dans laquelle des membres de certaines catégories sociales seront employés ou engagés en tant que sous-traitants. En revanche, les exigences environnementales concernant la production de l'objet du marché ont un lien avec ce dernier et peuvent donc constituer un critère d'évaluation conformément au paragraphe 2: aucune autorisation en vertu des règlements en matière de passation des marchés ou d'autres lois n'est requise. Les orientations émanant de l'organisme public de passation de marchés ou tout autre organisme compétent devraient indiquer aux entités adjudicatrices les autres lois et règles pertinentes afin qu'elles soient conscientes des critères socioéconomiques obligatoires à appliquer et de l'étendue de leur pouvoir discrétionnaire pour les autres critères socioéconomiques.

45. Les critères socioéconomiques sont donc énumérés séparément de ceux visés au paragraphe 2, et seront moins objectifs et plus discrétionnaires (bien que certains, tels que la marge de préférence visée au paragraphe 3 b), pourraient être quantifiables et s'exprimer en termes pécuniaires comme l'exige le paragraphe 4 de cet article). Pour ces raisons, ces critères devraient être considérés comme

exceptionnels, comme le veut l'exigence selon laquelle leur application peut faire l'objet d'une condition distincte – que les règlements en matière de passation des marchés ou d'autres dispositions de la législation de l'État adoptant autorisent ou exigent leur prise en compte.

46. En outre, pour ce qui est des marges de préférence, les règlements en matière de passation des marchés doivent fournir la méthode de calcul. Cette dernière peut consister à appliquer une marge de préférence au prix ou aux facteurs de qualité seulement ou au classement général de la soumission, le cas échéant; l'État adoptant souhaitera certainement décider de la façon d'établir un équilibre entre les aspects qualitatifs et l'application de politiques socioéconomiques. Les règlements en matière de passation des marchés envisagés fixant les règles de calcul et d'application de la marge de préférence peuvent également énoncer des critères permettant de déterminer quels entrepreneurs ou fournisseurs sont "nationaux" et quels biens sont "produits localement" (par exemple sur la base d'une teneur ou d'une valeur ajoutée locale minimale) et de fixer le montant de la marge de préférence, qui peut différer selon que l'objet du marché consiste en biens, travaux ou services[10]. Quant au mécanisme d'application de la marge de préférence, il peut consister par exemple à déduire du prix soumis de l'ensemble des soumissions les droits et taxes d'importation liés à la fourniture des biens ou des travaux et à ajouter aux prix ainsi obtenus autres que ceux des soumissions devant bénéficier de la marge de préférence le montant de la marge ou le droit d'importation effectif si celui-ci est inférieur[11].

47. L'utilisation de critères tels que ceux envisagés au paragraphe 3 a) et des marges de préférence visées au paragraphe 3 b) pour l'évaluation des soumissions pourrait être considérée comme exceptionnelle puisqu'elle risque de nuire à la concurrence et à l'économie dans la passation des marchés et réduire la confiance en cette procédure (voir en outre la discussion à la section ** du commentaire général ci-dessus [**hyperlien**]). Il convient d'être prudent en fournissant une liste élargie de critères autres que les prix conformément au paragraphe 3 a) ou de circonstances dans lesquelles la marge de préférence visée au paragraphe 3 b) peut être appliquée, compte tenu du risque que ces autres critères peuvent représenter pour les objectifs de la passation des marchés. En énonçant ces critères, il convient d'éviter les catégories trop larges, telles que les considérations environnementales. Par exemple, comme l'envisage déjà le paragraphe 2 b) de cet article, certaines considérations environnementales, telles que le niveau des émissions de carbone, sont liées à l'objet du marché (par exemple s'il s'agit d'automobiles) et l'entité adjudicatrice pourrait donc les envisager en vertu du paragraphe 2 b) même si la prise en compte de telles considérations n'est pas spécifiquement autorisée ou exigée par les règlements en matière de passation des marchés ou d'autres dispositions de la législation de l'État adoptant. Si elles ne sont pas ainsi liées à l'objet du marché,

---

[10] Le Groupe de travail souhaitera peut-être déterminer si des références à d'autres textes traitant de notions similaires, tels que l'article de l'AMP de l'OMC relatif aux opérations de compensation, aideraient à mieux comprendre la portée de ces questions.

[11] Il faudra peut-être préciser: i) comment une marge de préférence s'applique généralement en pratique, et les avantages et inconvénients des autres solutions possibles; et ii) le lien entre les dispositions sur les marges de préférence figurant à l'alinéa b) et celles sur les politiques socioéconomiques figurant à l'alinéa a), et en particulier l'effet cumulatif qu'elles pourraient avoir (A/CN.9/713, par. 131). Il est demandé de fournir des orientations au Secrétariat.

elles peuvent toujours être envisagées mais dans le cadre du paragraphe 3 de cet article. Les règlements en matière de passation des marchés et les autres règles ou orientations émanant de l'organisme public de passation de marchés ou d'un organisme analogue devraient non seulement prévoir les critères mais aussi réglementer ou préciser la manière dont les critères visés au paragraphe 3 devraient être appliqués à une passation donnée pour que cette application se fasse de manière objective et transparente.

48. Comme pour les autres critères d'évaluation, le recours aux critères visés au paragraphe 3 a) ou à la marge de préférence visée au paragraphe 3 b) et leurs modalités d'application doivent être communiqués au préalable dans le dossier de sollicitation conformément aux paragraphes 5 et 6 de cet article. En outre, l'application de tout critère socioéconomique ou de marges de préférence doit figurer au procès-verbal de la procédure de passation de marchés et les modalités d'application doivent y être précisées (voir art. 25-1 i) et t)). Ces dispositions sur la transparence sont essentielles pour permettre d'évaluer dans quelle mesure la souplesse conférée par ces articles est utilisée à bon escient; un autre avantage est que le coût d'ensemble de la prise en compte de considérations socioéconomiques peut être comparée avec les avantages qui en découlent. (Voir le paragraphe ... de la première partie du Guide sur les raisons d'appliquer une marge de préférence pour atteindre les objectifs économiques nationaux tout en préservant la concurrence. Voir en outre les paragraphes ... de la première partie du Guide concernant les restrictions que certains traités internationaux et régionaux imposent à leurs États parties en ce qui concerne l'application de critères socioéconomiques aux procédures de passation de marchés, en particulier dans le but d'accorder un traitement préférentiel.)

49. Le paragraphe 5 énonce les informations concernant les critères et procédures d'évaluation qui doivent figurer au minimum dans le dossier de sollicitation. Ces informations minimales sont: i) la base du choix de la soumission à retenir (il peut s'agir de la soumission au prix le plus bas, lorsque l'attribution se fait selon ce critère, ou de la soumission la plus avantageuse, lorsque le prix et d'autres critères sont pris en compte); ii) les critères d'évaluation eux-mêmes; et iii) les modalités d'application de chaque critère et notamment le coefficient de pondération de chaque critère ou, lorsque ce n'est pas possible ou pas pertinent (par exemple dans le cas d'une procédure de demande de propositions avec dialogue (art. 49), où il n'est pas toujours possible d'établir au début de la procédure le coefficient de pondération des critères d'évaluation), une énumération de ces critères par ordre décroissant d'importance. Cette disposition vise à garantir une complète transparence, de sorte que les fournisseurs ou entrepreneurs sauront comment leurs soumissions seront évaluées. Un panier des critères autres que le prix inclura normalement des critères quantifiables et objectifs (tels que les coûts d'entretien) et des éléments subjectifs (par exemple, l'importance relative que l'entité adjudicatrice accorde à une livraison rapide ou à des lignes de production vertes), qui seront tous pris en compte pour former un classement qualitatif global. Pour les passations ne reposant pas sur des négociations, l'entité adjudicatrice doit donc indiquer quel sera le poids des facteurs autres que le prix et quel sera leur poids par rapport au prix. L'importance de définir le niveau de détail approprié des critères d'évaluation est réaffirmée par les dispositions correspondantes des articles régissant la teneur du dossier de sollicitation pour chaque méthode de passation (voir articles 39, 47 et 49).

## A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.5 (Original: anglais)

## Note du Secrétariat concernant le Guide révisé pour l'incorporation qui accompagnera la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa vingt et unième session

ADDITIF

Le présent additif contient une proposition concernant le texte du Guide qui accompagnera les articles 12 à 19 du chapitre premier (Dispositions générales) de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

# GUIDE POUR L'INCORPORATION DANS LE DROIT INTERNE DE LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LA PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS

…

## Deuxième partie. Commentaire par article

…

### Article 12. Règles concernant l'estimation de la valeur d'un marché [**hyperlien**]

1. Cet article vise à empêcher l'entité adjudicatrice de manipuler l'estimation de la valeur du marché en réduisant artificiellement cette valeur, par exemple pour limiter la concurrence et invoquer les exemptions applicables aux marchés de faible valeur en vertu de la Loi type. Ces exemptions portent sur l'obligation de respecter un délai d'attente (art. 22-3 b)), la publication d'un avis d'attribution individuel (art. 23) et la publicité internationale de l'invitation à participer (art. 18-2 et 33-4). En outre, en vertu de certaines dispositions de la Loi type, la valeur du marché peut avoir une incidence directe sur le choix de la méthode de passation: on peut recourir à l'appel d'offres restreint plutôt qu'à l'appel d'offres ouvert lorsque le temps qu'il faudrait passer et les frais qu'il faudrait engager pour examiner et évaluer un grand nombre d'offres seraient disproportionnés par rapport à la valeur de l'objet du marché (voir art. 29-1 b)); on peut recourir à la demande de prix (art. 29-2) pour certains marchés de faible valeur. Dans tous ces cas, la méthode d'estimation de la valeur du marché choisie par l'entité adjudicatrice déterminera l'étendue des obligations qui lui incombent en vertu de la Loi type. Sans dispositions l'empêchant de manipuler l'estimation, l'entité adjudicatrice pourrait décider de fractionner le marché à des fins abusives.

2. Pour éviter toute subjectivité dans le calcul de la valeur du marché et tout comportement anticoncurrentiel et non transparent, le paragraphe 1 pose le principe

selon lequel il est interdit de fractionner un marché ou d'utiliser une méthode d'évaluation particulière dans le but de limiter la concurrence ou de se soustraire aux obligations énoncées dans la Loi. L'interdiction vise donc directement i) toute fragmentation d'un marché ne se justifiant pas objectivement, et ii) toute méthode d'évaluation réduisant artificiellement la valeur du marché.

3. Le paragraphe 2 exige la prise en compte, pour l'estimation de la valeur du marché, de la valeur totale maximale du marché sur toute sa durée, qu'il soit attribué à un fournisseur ou entrepreneur ou à plusieurs, et de toutes les formes de rémunération (y compris les primes, honoraires, commissions et intérêts). Pour les accords-cadres, la valeur estimée est la valeur totale maximale de l'ensemble des marchés envisagés dans l'accord. Pour les marchés avec options, la valeur estimée est la valeur totale maximale estimée du marché, y compris les options.

4. Les estimations doivent avant tout être utilisées à des fins internes. L'entité adjudicatrice doit faire preuve de prudence lorsqu'elle les communique à des fournisseurs ou entrepreneurs potentiels parce que si l'estimation est supérieure au prix du marché, les fournisseurs ou entrepreneurs pourraient proposer une soumission aussi proche que possible de celle-ci, au détriment de la concurrence; si elle est inférieure au prix du marché, de bons fournisseurs pourraient choisir de ne pas participer, au détriment de la qualité et de la concurrence. Cependant, une interdiction générale de communiquer l'estimation aux fournisseurs ou entrepreneurs ne se justifierait pas: il peut s'avérer nécessaire de communiquer la valeur estimée d'un accord-cadre pour permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs de stocker l'objet du marché en suffisance et de garantir la sécurité de l'approvisionnement.

**Article 13. Règles concernant la langue des documents [**hyperlien**]**

5. Cet article vise à établir avec certitude la langue utilisée dans les documents et communications des procédures de passation menées dans l'État adoptant. Cette disposition est particulièrement utile pour les fournisseurs ou entrepreneurs étrangers qui peuvent aussi calculer le coût (traduction et interprétation) de la participation à une procédure de passation dans cet État en se référant à sa loi sur la passation des marchés. L'objectif primordial est de faciliter l'accès aux passations de marchés et la participation des fournisseurs, sans distinction de nationalité, par l'utilisation de la ou des langues appropriées, dans le contexte de la passation de chaque marché.

6. Le paragraphe 1 énonce la règle générale selon laquelle les documents relatifs à la procédure de passation publiés par l'entité adjudicatrice doivent être dans la ou les langues officielles de l'État adoptant. L'État adoptant dont la langue officielle n'est pas la langue d'usage courant dans le commerce international peut exiger, en conservant le deuxième libellé entre crochets, que les documents soient aussi publiés dans cette langue en règle générale. Comme exposé dans le commentaire de l'article 18-2 sur la procédure de préqualification et de l'article 33-2 (sur les exigences concernant le dossier de sollicitation dans le cas d'un appel d'offres ouvert) ainsi que dans les commentaires correspondants pour d'autres méthodes de passation ouverte [**hyperliens**], le libellé entre crochets peut laisser supposer l'utilisation de l'anglais et une publicité sous format papier et est donc facultatif. D'un autre côté, cette formulation est davantage alignée sur les exigences des banques multilatérales de développement. Lorsqu'ils choisiront la formulation des

dispositions relatives à la langue dans les articles 13, 18 et 33 (et les autres articles portant sur le dossier de sollicitation), les États adoptants voudront donc tenir compte de leur recours à de tels financements, de l'exigence générale d'une publicité internationale efficace et du principe de neutralité technologique adopté dans la Loi type.

7. Dans les États où les dossiers de sollicitation sont publiés dans plus d'une langue, il serait souhaitable d'inclure dans la législation ou la réglementation en matière de passation des marchés une règle disposant qu'un fournisseur ou entrepreneur doit pouvoir fonder ses droits et obligations sur l'une ou l'autre version linguistique. L'entité adjudicatrice pourrait aussi être appelée à préciser dans le dossier de sollicitation que toutes les versions linguistiques ont le même poids.

8. La règle de base énoncée au paragraphe 2 de l'article est que la langue des documents présentés par les fournisseurs ou entrepreneurs dans une passation donnée doit correspondre à la langue ou à l'une des langues des documents de l'entité adjudicatrice. Ces dispositions n'excluent cependant pas la possibilité pour l'entité adjudicatrice d'autoriser la présentation de documents dans une autre langue, qu'elle préciserait dans ses documents.

**Article 14. Règles concernant le mode, le lieu et la date limite de présentation des demandes de préqualification, des demandes de présélection ou des soumissions [**hyperlien**]**

9. Cet article vise à réglementer le mode, le lieu et le délai de soumission des principaux documents de la passation de marché. D'importantes conséquences juridiques peuvent découler du non-respect par les fournisseurs ou entrepreneurs des exigences de l'entité adjudicatrice (telles que l'obligation de renvoyer une soumission tardive ou ne satisfaisant pas aux conditions requises (voir par exemple art. 40-3 [**hyperlien**]). Le paragraphe 1 prévoit donc d'importantes garanties afin que les règles concernant le mode, le lieu et le délai de soumission des documents à l'entité adjudicatrice s'appliquent de la même façon à tous les fournisseurs ou entrepreneurs et soient précisées dès le début de la procédure (dans le dossier de préqualification, de présélection ou de sollicitation, selon le cas). Il convient d'appeler l'attention des fournisseurs ou entrepreneurs sur toute modification apportée aux documents qui leur ont été fournis. Si ces documents ont été fournis à un groupe non défini de fournisseurs ou d'entrepreneurs (par exemple s'ils pouvaient être téléchargés sur un site Web), toute modification doit au minimum être signalée là où on pouvait se les procurer.

10. Pour promouvoir la participation et la concurrence, il est important de donner aux fournisseurs et entrepreneurs suffisamment de temps pour préparer leurs demandes ou leurs soumissions. Le paragraphe 2 reconnaît que ce délai peut varier d'un cas à l'autre en fonction de facteurs tels que la complexité du marché, la part de sous-traitance prévue et le délai de transmission des demandes et soumissions. C'est donc à l'entité adjudicatrice qu'il revient de fixer la date limite de soumission des demandes et soumissions en tenant compte des circonstances du marché en question. Un État adoptant voudra peut-être fixer dans les règlements en matière de passation des marchés les délais minimums que l'entité adjudicatrice doit accorder (en particulier si ses engagements internationaux le lui imposent). Il convient de fixer ces délais en tenant compte de chaque méthode de passation, des moyens de

communication utilisés et du caractère national ou international de la passation. Le délai doit être suffisamment long dans les passations de marchés internationales et complexes, afin que les fournisseurs ou entrepreneurs aient suffisamment de temps pour préparer leurs soumissions.

11. Afin de promouvoir la concurrence et l'équité, le paragraphe 3 impose à l'entité adjudicatrice de reporter la date limite dans certaines circonstances: premièrement, si des éclaircissements, des modifications ou le procès-verbal d'une réunion de fournisseurs ou entrepreneurs sont communiqués peu avant la date limite de soumission, et qu'il est donc nécessaire de reporter cette date pour permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs de tenir compte des informations pertinentes dans leurs demandes ou soumissions; et, deuxièmement, dans les cas visés à l'article 15-3 [**hyperlien**], à savoir si une modification apportée rend les informations originales substantiellement inexactes. Les informations modifiées doivent aussi faire l'objet d'une publication supplémentaire, comme expliqué dans le commentaire de cette disposition [**hyperlien**]. Une modification touchant le mode, le lieu et la date limite de soumission des documents constitue toujours une modification substantielle, qui oblige l'entité adjudicatrice à reporter la date limite indiquée à l'origine. On suppose par ailleurs que toute modification apportée au dossier de sollicitation, de préqualification ou de présélection conformément à cet article serait également substantielle et tomberait sous le coup de l'article 15-3 [**hyperlien**].

12. Le paragraphe 4 autorise l'entité adjudicatrice, sans néanmoins l'y contraindre, à reporter la date limite de présentation des soumissions dans d'autres cas, c'est-à-dire lorsqu'un ou plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs ne peuvent présenter leur soumission dans les délais en raison de circonstances indépendantes de leur volonté. Cette disposition vise à préserver une concurrence suffisante dans des circonstances où un acteur important risquerait de ne pas pouvoir participer. Toutefois, étant donné les risques d'abus de ce pouvoir discrétionnaire, les règlements, règles ou orientations de l'organisme public de passation de marché ou d'une autre instance similaire devraient déterminer ce que peut recouvrir l'expression "circonstances indépendantes de la volonté [du fournisseur ou de l'entrepreneur]", la façon dont l'existence de ces circonstances devrait être démontrée et la réaction qui devrait normalement être celle de l'entité adjudicatrice.

13. La Loi type ne traite pas la question de la responsabilité potentielle de l'entité adjudicatrice en cas de défaillance de son système automatisé. Des défaillances se produisent inévitablement dans de tels systèmes; l'entité adjudicatrice détermine alors si le système peut être rétabli suffisamment vite pour que la passation se poursuive et, dans l'affirmative, s'il faut reporter la date limite de présentation des soumissions. Les paragraphes 3 et 4 de cet article donnent à l'entité adjudicatrice suffisamment de souplesse pour reporter la date limite dans de tels cas. L'entité adjudicatrice peut aussi décider que la défaillance du système l'empêche de poursuivre la procédure de passation, et qu'elle doit donc l'abandonner. Les règlements en matière de passation de marchés ou d'autres règles et orientations peuvent fournir davantage de précisions sur les défaillances des systèmes électroniques et la répartition des risques. Les défaillances attribuables à une négligence ou à une faute intentionnelle de la part de l'entité adjudicatrice ainsi que les décisions qu'elle prend à la suite de la défaillance d'un système, notamment sur

les reports des dates limites, pourraient ouvrir un droit de recours en vertu du chapitre VIII de la Loi type.

**Article 15. Clarification et modification du dossier de sollicitation [**hyperlien**]**

14. L'article 15 vise à garantir une conduite efficace et équitable des procédures de clarification et de modification du dossier de sollicitation. Il importe que l'entité adjudicatrice ait le droit de modifier le dossier de manière à s'assurer que ses besoins seront satisfaits, mais il importe également de garantir que toutes les conditions du marché sont fixées et divulguées dès le début de la procédure. L'article 15 prévoit donc que les questions ainsi que les éclaircissements et modifications apportés pour y répondre doivent être communiquées par l'entité adjudicatrice à tous les entrepreneurs ou fournisseurs auxquels elle a envoyé le dossier de sollicitation. Il serait inapproprié de permettre l'obtention d'éclaircissements sur demande, dans la mesure où il n'y aurait aucun moyen de savoir qu'un éclaircissement a été donné. Cependant, si le dossier de sollicitation a été communiqué à un groupe non défini de fournisseurs ou d'entrepreneurs (par exemple s'il pouvait être téléchargé sur un site Web), les éclaircissements et les modifications doivent au minimum apparaître là où on pouvait se le procurer. L'entité adjudicatrice est également tenue d'informer tels ou tels fournisseurs ou entrepreneurs, dans la mesure où elle a connaissance de leur identité, de tout éclaircissement ou toute modification survenue.

15. Les règles visent également à garantir que l'entité adjudicatrice répondra suffisamment tôt à une demande d'éclaircissement présentée en temps voulu par des fournisseurs ou entrepreneurs pour que l'éclaircissement puisse être pris en compte. La communication rapide des éclaircissements et des modifications permet également aux fournisseurs ou entrepreneurs, par exemple en vertu de l'article 40-3 [**hyperlien**], d'exercer leur droit de modifier ou de retirer leur offre avant la date limite de présentation des soumissions, à moins que le dossier de sollicitation ne prévoie pas un tel droit. De même, le procès-verbal des réunions de fournisseurs ou d'entrepreneurs organisées par l'entité adjudicatrice doit être communiqué promptement à ces derniers afin qu'ils puissent également les prendre en compte dans la préparation des soumissions.

16. Le paragraphe 3 traite des situations où, à la suite d'une clarification ou d'une modification apportée au dossier initialement publié, les informations qui y figurent deviennent substantiellement inexactes. L'entité adjudicatrice est alors tenue de publier promptement les informations modifiées au même endroit que les informations originales. Cette obligation s'ajoute à celle du paragraphe 2 selon laquelle les modifications doivent être communiquées personnellement à chaque fournisseur ou entrepreneur auquel le dossier de sollicitation original a été fourni, le cas échéant. Le paragraphe 3 rappelle également que dans de tels cas, l'entité adjudicatrice est tenue de reporter la date limite de présentation des soumissions (voir art. 14-3 et le commentaire s'y rapportant [**hyperliens**]).

17. Cette situation doit être distinguée d'une modification substantielle de la passation. Par exemple, comme l'indique le commentaire de l'article 14, toute modification concernant le mode, le lieu et la date limite de présentation des soumissions rendra les informations originales substantiellement inexactes, sans nécessairement provoquer de modification substantielle de la passation. Par contre,

si une telle modification a une incidence sur le groupe des fournisseurs ou entrepreneurs potentiels (par exemple, si on passe de la présentation des soumissions sur papier à la présentation par voie électronique dans une société où les moyens de communication électroniques ne sont pas répandus), on peut estimer qu'il y a eu "modification substantielle" de la passation. Dans un tel cas, les mesures envisagées au paragraphe 3 de l'article seraient insuffisantes – l'entité adjudicatrice devrait annuler la passation et entamer une nouvelle procédure. Il est également très probable qu'une "modification substantielle" se produise si, à la suite d'une clarification ou d'une modification du dossier de sollicitation original, l'objet du marché a changé au point que le dossier original ne donne plus aux fournisseurs ou entrepreneurs potentiels une idée correcte des exigences réelles de l'entité adjudicatrice.

18. Même si le paragraphe 4 fait référence aux demandes d'éclaircissements présentées lors d'une réunion de fournisseurs ou d'entrepreneurs, rien dans la Loi type n'empêche l'entité adjudicatrice d'y rendre compte de demandes d'éclaircissements soumises préalablement et de ses réponses. L'obligation de préserver l'anonymat de l'auteur de la demande s'applique également dans ce cas.

**Article 16. Clarification des informations concernant les qualifications et des soumissions [**hyperlien**]**

19. L'article 16 vise à permettre de supprimer les incertitudes sur les informations concernant les qualifications et/ou sur les soumissions. Une incertitude peut provenir d'une erreur rectifiable dans les informations soumises. Si cette erreur n'est pas rectifiée et si les informations relatives aux qualifications et/ou les soumissions sont acceptées, d'importants problèmes pourraient survenir au stade de l'exécution du marché. Deuxièmement, la procédure de clarification permet un traitement plus équitable des fournisseurs et entrepreneurs qui commettent des erreurs techniques mineures. Troisièmement, si la procédure conduit à la correction d'une erreur, elle permettra peut-être au fournisseur ou à l'entrepreneur le plus qualifié de participer à la passation et à la meilleure soumission d'être acceptée. Quatrièmement, elle permet d'éviter la disqualification d'un fournisseur, ou le rejet d'une soumission, ou encore l'abandon de la passation, là où ils ne se justifient pas. Cinquièmement, elle permet d'éviter de devoir engager une nouvelle procédure de passation ou de recommencer la procédure en cours, ce qui pourrait donner aux fournisseurs ou entrepreneurs la possibilité de relever leurs prix du fait qu'ils connaissent les prix soumis antérieurement. On évitera aussi les agissements collusoires que facilitent des procédures recommencées. Enfin, la procédure de clarification permet d'éviter les problèmes qui peuvent survenir si des soumissions contiennent des erreurs dont l'effet peut être de rendre le marché nul ou annulable.

20. Le paragraphe 1 de l'article permet à l'entité adjudicatrice de demander des éclaircissements sur les informations concernant les qualifications ou sur les soumissions présentées. Il convient aussi de noter que l'objectif de la demande d'éclaircissements est d'aider à la vérification des qualifications ainsi qu'à l'examen et à l'évaluation des soumissions et non de permettre une amélioration des informations précédemment soumises. Les États adoptants souhaiteront peut-être spécifier dans des règlements, règles ou orientations que la recherche de tels éclaircissements devrait s'apparenter à la procédure suivie pour analyser les offres anormalement basses au titre de l'article 20 [**hyperlien**], et que les dispositions

de l'article 7 sur les communications [**hyperlien**] imposent, de fait, le recours à une procédure écrite. Ces garanties procédurales assorties de l'obligation de rendre compte de la procédure suivie dans le procès-verbal de la procédure de passation comme prévu au paragraphe 6, aideront à assurer l'équité et la transparence, ce qui est également important étant donné que toute décision découlant du processus sera susceptible de contestation en vertu du chapitre VIII de la Loi type [**hyperlien**].

21. Les règlements et autres règles ou orientations devraient également traiter des conséquences éventuelles des informations reçues en réponse à une telle demande, en tenant compte des questions soulevées dans les paragraphes (...) ci-dessous. Ils devraient insister sur le fait que, comme indiqué précédemment, la procédure de clarification n'est pas conçue comme une procédure de correction – et que les fournisseurs et entrepreneurs n'ont pas le droit de présenter des corrections. Ce qui peut se passer est que cette procédure permette de déterminer si un fournisseur ou un entrepreneur est qualifié et si une soumission est bien conforme. Elle peut aussi entraîner la découverte d'une erreur qui peut poser problème à l'entité adjudicatrice et au fournisseur. En vertu des dispositions des paragraphes 2 et 3 de l'article, associées à celle de l'article 43-1 b) pour les procédures d'appel d'offres ouvert [**hyperlien**], seuls des écarts ou erreurs mineurs ou des erreurs arithmétiques peuvent être corrigés[1]. Lorsque des erreurs d'une autre nature sont découvertes qui rendent le fournisseur ou l'entrepreneur non qualifié ou la soumission non conforme, le fournisseur sera disqualifié ou la soumission rejetée, selon le cas[2].

22. Le paragraphe 2 de l'article fait obligation à l'entité adjudicatrice de corriger "les erreurs purement arithmétiques" découvertes durant l'examen des soumissions sans invoquer la procédure de clarification prévue au paragraphe 1. Dans le cas des procédures d'appel d'offres, cette disposition devrait être lue conjointement avec celle de l'article 43-2 b) [**hyperlien**], qui prévoit que l'entité adjudicatrice doit rejeter une offre si le fournisseur ou l'entrepreneur qui l'a présentée n'accepte pas qu'elle soit corrigée. Puisque le fournisseur peut accepter la correction, retirer l'offre ou autoriser son rejet, ces dispositions, prises ensemble, confèrent à l'entité adjudicatrice le pouvoir d'autoriser une correction. Dans un tel cas, les États adoptants devraient prévoir des règlements ou d'autres règles qui à la fois régissent le pouvoir discrétionnaire ainsi conféré et déterminent ce qui doit advenir d'une garantie de soumission dans de telles circonstances.

23. Des règlements ou autres règles ou orientations supplémentaires seront nécessaires afin de définir ou décrire une "erreur arithmétique". Tandis qu'il est raisonnablement évident que l'addition erronée de colonnes de chiffres entraînant une inexactitude dans le prix total de l'offre finale constitue une erreur arithmétique, le mauvais positionnement d'une décimale est une erreur moins évidente; il en va de même lorsqu'une partie du prix de l'offre est donnée dans une mauvaise devise alors qu'il ressort clairement du document qu'une autre devise était visée. Comme il peut y avoir plus d'une façon de corriger une erreur arithmétique (est-ce un élément dans une colonne de chiffres ou bien le total qu'il faut considérer comme inexact?), des règles et orientations seront nécessaires pour déterminer et limiter le pouvoir discrétionnaire ainsi conféré à l'entité adjudicatrice.

---

[1] Il est demandé au Groupe de travail de donner un avis sur l'interprétation à retenir.

[2] Il est demandé au Groupe de travail d'envisager ce qui devrait se produire si les erreurs ne rendent pas les soumissions non conformes.

24. Il découle de ce qui précède qu'il faudrait préciser l'étendue de toute obligation de l'entité adjudicatrice de vérifier la présence d'erreurs. Tout d'abord, les règles ou orientations devraient déterminer s'il existe une obligation – et son étendue – de faire plus que relever des erreurs évidentes de la soumission.

25. Il faudrait à cet égard des règles et orientations supplémentaires pour que les décisions de l'entité adjudicatrice puissent être contrôlées et évaluées au regard de normes objectives, et aussi pour éviter le risque d'abus, possible dans de telles circonstances. Des fournisseurs ou entrepreneurs peuvent inclure des erreurs délibérément pour qu'une fois le montant des soumissions connu, ils aient une possibilité de les "corriger". Dans ce contexte, le fait d'imposer la correction de toute erreur découverte sans en référer au fournisseur ou entrepreneur concerné constitue une garantie. Toutefois, lorsque – se fondant sur le paragraphe 1 – l'entité adjudicatrice contacte ce fournisseur ou cet entrepreneur afin de corriger l'erreur, la possibilité d'abus existe néanmoins, peut-être par les deux parties. Enfin, des questions de responsabilité ou de culpabilité peuvent aussi se poser si l'une ou l'autre des parties a été négligente en commettant des erreurs ou en omettant de repérer des erreurs qui sont découvertes pendant la période d'administration du marché. Une telle responsabilité sera généralement engagée en application d'autres lois de l'État adoptant, et une coordination sera nécessaire entre l'organisme public de passation des marchés ou toute autre instance similaire, qui a publié les orientations sur la passation de marchés, et d'autres organes habilités à traiter ces questions de responsabilité.

26. Le paragraphe 3 de l'article limite les corrections qui peuvent être apportées à la suite de la procédure de clarification et de la découverte d'une erreur arithmétique. Dans le cas d'un appel d'offres ouvert, le paragraphe devrait être lu conjointement avec l'article 43-1 b) [**hyperlien**] qui permet à l'entité adjudicatrice de considérer des offres comme conformes après prise en compte d'écarts mineurs (voir ci-après le commentaire de cet article [**hyperlien**]). Le paragraphe 3 interdit les corrections ou autres modifications de fond des informations concernant les qualifications et des soumissions. Des règlements, règles ou orientations supplémentaires seront nécessaires pour déterminer ce que l'on entend par "modification de fond" dans ces circonstances, en sus de l'explication donnée dans le paragraphe, à savoir que toute modification visant à qualifier un fournisseur ou entrepreneur non qualifié ou à rendre conforme une offre non conforme est interdite, en particulier quand il s'agit d'une modification du prix. Bien qu'il soit interdit d'apporter une modification au prix à la suite d'une demande d'éclaircissements en vertu du paragraphe 4 de l'article, des erreurs arithmétiques peuvent à la fois constituer une erreur de fond et impliquer une modification du prix[3].

27. Le paragraphe 4 fournit une importante garantie contre les recours abusifs à la procédure de clarification en interdisant les négociations pendant le processus de clarification et toute modification du prix[4]. Le paragraphe 5, néanmoins, dispose que ces restrictions ne s'appliquent pas aux méthodes de passation interactives

---

[3] Il est demandé au Groupe de travail de donner un avis sur ce point et d'indiquer si des écarts mineurs conduisant à des modifications de prix doivent être considérés comme des erreurs de fond.

[4] Voir le paragraphe précédent et la note de bas de page qui s'y rapporte.

visées aux articles 49 à 52 [**hyperlien**], puisque le processus de clarification aura lieu pendant le dialogue ou les discussions, sauf en ce qui concerne les meilleures offres définitives[5].

**Article 17. Garanties de soumission[6] [**hyperlien**]**

28. L'article 17 énonce les conditions que doivent remplir les garanties de soumission définies à l'article 2 u) [**hyperlien**], notamment aux fins de leur acceptation par l'entité adjudicatrice, celles qui doivent être rassemblées pour que celle-ci puisse réclamer le montant de la garantie de soumission, et celles selon lesquelles l'entité adjudicatrice doit retourner ou faire retourner le document de garantie. Comme l'explique le commentaire relatif à la définition de la garantie de soumission donnée à l'article 2, dans sa version anglaise, la Loi type emploie "tender security" (garantie de soumission) comme étant le terme courant dans le contexte considéré, sans pour autant sous-entendre que ce type de garantie peut être exigé uniquement dans l'appel d'offres ("tendering" en anglais). La définition exclut également toute sûreté que l'entité adjudicatrice peut exiger en garantie de l'exécution du marché (en vertu de l'article 39 k) [**hyperlien**] par exemple). Cette dernière peut être exigée du fournisseur ou de l'entrepreneur qui conclut le marché, alors que la condition de fournir une garantie de soumission, lorsqu'elle est imposée par l'entité adjudicatrice, s'applique à tous les fournisseurs ou entrepreneurs présentant des soumissions (voir par. 1 de l'article).

29. L'entité adjudicatrice peut subir des pertes si le fournisseur ou l'entrepreneur retire sa soumission ou si un marché avec le fournisseur ou l'entrepreneur retenu n'est pas conclu par la faute de ce dernier (par exemple, le coût qu'entraînent l'ouverture d'une nouvelle procédure de passation et les pertes dues au retard dans la passation du marché). L'article 17 autorise l'entité adjudicatrice à exiger des fournisseurs ou entrepreneurs participant à la procédure de passation de marché qu'ils fournissent une garantie de soumission afin de couvrir ces éventuelles pertes et de les dissuader de manquer à leurs obligations.

30. Les entités adjudicatrices n'ont pas besoin d'imposer une garantie de soumission dans toutes les procédures de passation de marché. Les garanties de soumission sont importantes en général pour les marchés relatifs à des biens ou des travaux de valeur élevée. Pour les marchés de faible valeur, il peut être important, dans certains cas, d'exiger une garantie de soumission mais les risques liés à la livraison ou à l'exécution du marché que court l'entité adjudicatrice et les pertes possibles sont en général peu élevés et le coût de l'obtention d'une garantie de soumission – qui sera normalement répercuté sur le prix du marché – sera moins justifié. Dans le cas des accords-cadres, l'exigence de garanties devrait être considérée comme une mesure exceptionnelle, compte tenu de la nature de ces accords[7]. La pratique pourrait continuer d'évoluer mais au moment de la rédaction

---

5 Il est demandé au Groupe de travail d'examiner si cette affirmation est exacte au regard du libellé des articles 16-5 et 49-12.

6 Le Secrétariat demande des orientations sur la question de savoir si la pratique de certains États en matière de garanties émises sous forme électronique influencera le contenu du commentaire de cet article tel qu'il apparaît ci-dessous.

7 Il est demandé au Groupe de travail d'examiner si dans la pratique l'obtention d'une garantie de soumission ne serait pas subordonnée à la stipulation dans l'accord-cadre d'une obligation éventuelle de concurrence. La même remarque vaut pour les enchères électroniques inversées et

du présent Guide, on dispose de peu d'expérience du recours à des garanties de soumission dans les enchères électroniques inversées et les pratiques en la matière sont très diverses. Obtenir une garantie de soumission dans ce contexte pourrait poser problème, les banques exigeant généralement un prix fixe pour les documents de garantie. Les garanties de soumission peuvent aussi ne pas être adaptées à certaines méthodes de passation, par exemple la demande de propositions avec dialogue, car elles n'offriraient pas une solution viable pour ce qui est d'assurer une participation suffisante au dialogue ou de lier les fournisseurs ou entrepreneurs en ce qui concerne leurs propositions successives pendant la phase de dialogue (contrairement à la phase de la meilleure offre définitive). (Voir l'examen de ce point dans le commentaire des dispositions pertinentes de l'article 48 [**hyperlien**]). Même si dans les deux cas susmentionnés (enchères électroniques inversées et procédure de demande de propositions avec dialogue) des garanties de soumissions étaient exigées, l'entité adjudicatrice ne pourrait en demander ultérieurement dans une procédure de passation unique avec présentation d'offres ou de propositions révisées, étant donnée l'interdiction d'exiger plusieurs garanties de soumissions, comme l'explique le commentaire de la définition de "garantie de soumission" figurant à l'article 2 [**hyperlien**].

31. Des garanties ont été incluses afin de veiller à ce que l'exigence de la garantie de soumission soit imposée de manière équitable et uniquement dans le but prévu, à savoir garantir l'obligation qu'ont les fournisseurs ou entrepreneurs de conclure un marché sur la base de la soumission qu'ils ont présentée et de fournir une garantie de bonne exécution du marché, s'il leur en est demandé une.

32. Le paragraphe 1 c) vise à supprimer les obstacles inutiles qui pourraient entraver la participation de fournisseurs et entrepreneurs étrangers s'ils étaient contraints de fournir uniquement une garantie émise par une institution de l'État adoptant. Toutefois, le libellé des sous-alinéas i) et ii) donne une certaine latitude sur ce point: premièrement, à l'entité adjudicatrice d'un État où l'acceptation d'une garantie de soumission émise hors de cet État serait contraire à la loi; et deuxièmement, dans le cas de la passation d'un marché national, lorsque l'entité adjudicatrice a précisé dans le dossier de sollicitation, conformément au paragraphe 1 b), que la garantie de soumission devait être émise par un émetteur de l'État adoptant.

33. Au paragraphe 1 d), la référence à la confirmation de la garantie de soumission vise à tenir compte de la pratique de certains États consistant à exiger la confirmation locale d'une garantie de soumission émise à l'étranger. Elle ne vise cependant pas à encourager cette pratique, notamment parce que l'exigence d'une confirmation locale pourrait constituer un obstacle à la participation de fournisseurs et entrepreneurs étrangers à la procédure de passation (par exemple, difficultés à obtenir la confirmation locale avant la date limite de présentation des soumissions et surcoût pour les fournisseurs et entrepreneurs étrangers).

34. Le paragraphe 2 a pour but d'ôter toute incertitude concernant le moment à partir duquel l'entité adjudicatrice ne peut plus faire jouer la garantie de soumission. Même si la conservation par le bénéficiaire de l'instrument de garantie au-delà de la date d'expiration de la garantie ne doit pas être considérée comme prolongeant la

---

les étapes précédant les meilleures offres définitives de la procédure de demande de propositions avec dialogue.

période de validité de celle-ci, l'obligation de retrouver la garantie revêt une importance particulière lorsque celle-ci se présente sous la forme d'un dépôt en espèces ou une forme analogue. La précision est également utile du fait qu'il subsiste des législations nationales où, contrairement à ce qu'on pourrait supposer, une demande de paiement en garantie est présentée à temps, même si elle survient après l'expiration de la garantie, dès lors que le fait générateur couvert par la garantie s'est produit avant la date d'expiration. Comme l'article 41-3 [**hyperlien**], le paragraphe 2 d) de cet article donne à l'entité adjudicatrice la possibilité de se prévaloir, sur le fondement d'une stipulation en ce sens dans le dossier de sollicitation, d'une exception à la règle générale selon laquelle le retrait ou la modification d'une offre avant la date limite de présentation des soumissions n'entraîne pas la perte de la garantie de soumission[8].

35. Étant donné le coût de l'obtention d'une garantie de soumission, qui sera normalement répercuté sur le prix du marché, le recours à d'autres mécanismes devrait être envisagé et encouragé lorsque la situation le permet. Dans certains États, une déclaration de garantie de l'offre tient lieu de garantie de soumission. Dans ce type de déclaration, le fournisseur ou l'entrepreneur accepte de se soumettre à des sanctions telles que la disqualification pour une passation de marché ultérieure s'il survient un événement normalement couvert par une garantie de soumission. (L'exclusion ne fait généralement pas partie des sanctions, puisqu'elle ne doit pas frapper les manquements à caractère commercial (voir sur ce point le commentaire de l'article 9 ci-dessus [**hyperlien**]).) Ces autres mécanismes visent à renforcer la concurrence dans la passation des marchés en augmentant la participation, en particulier celle des petites et moyennes entreprises qui autrement ne pourraient participer à une passation en raison des formalités et des dépenses liées à la présentation d'une garantie de soumission[9].

**Article 18. Procédure de préqualification [**hyperlien**]**

36. Cet article énonce les modalités de la procédure de préqualification, qui vise à identifier dès le début les fournisseurs et entrepreneurs ayant les qualifications requises pour exécuter le marché. Cette procédure peut être particulièrement utile pour les marchés concernant des biens, travaux ou services complexes ou de valeur élevée et peut même être à conseiller pour des marchés d'une valeur relativement faible mais dont l'objet est extrêmement spécialisé. Dans les deux cas, l'évaluation des soumissions est beaucoup plus longue, compliquée et onéreuse que pour d'autres marchés. Des entrepreneurs et fournisseurs compétents sont parfois réticents à l'idée de participer à une procédure de passation concernant un marché de valeur élevée, lorsque le coût de la préparation de la soumission est élevé, si les concurrents sont trop nombreux et s'ils risquent de devoir affronter des soumissions

---

8 Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer s'il est nécessaire de pousser plus avant l'examen de la possible prorogation de la période de validité des garanties de soumission dans le commentaire de cet article, qui s'ajoute au commentaire de l'article 41 (où il est question de la prorogation de la période de validité des offres elle-même).

9 Il convient d'envisager la nécessité d'examiner plus avant le caractère potentiellement onéreux des garanties à la lumière des questions précédemment soulevées lors des délibérations du Groupe de travail, à savoir les effets néfastes supplémentaires qu'entraînerait le fait d'exiger que les fournisseurs ou entrepreneurs présentent des garanties de soumission, les questions de reconnaissance mutuelle et le droit de l'entité adjudicatrice de rejeter les garanties de soumission dans certains cas.

présentées par des entrepreneurs ou fournisseurs non qualifiés. Le recours à la procédure de préqualification peut limiter le nombre de soumissions que l'entité adjudicatrice évaluera à celles émanant de fournisseurs ou entrepreneurs qualifiés. C'est donc un moyen de faciliter une passation efficace lorsque l'objet du marché est relativement complexe.

37. En vertu du paragraphe 1 de cet article, la préqualification est optionnelle et peut être utilisée quelle que soit la méthode de passation de marché choisie[10]. Étape supplémentaire, elle retarde l'exécution du marché, et des fournisseurs ou entrepreneurs pourraient hésiter à participer à une passation avec préqualification, étant donné le coût qu'elle représente. On n'y recourra donc que lorsqu'elle est strictement nécessaire, dans les situations décrites au paragraphe ci-dessus.

38. La procédure de préqualification énoncée à l'article 18 est assortie de plusieurs garanties importantes, telles que les limitations de l'article 9 [**hyperlien**] (en particulier celles concernant l'évaluation des qualifications, qui peuvent également s'appliquer à la procédure de préqualification) et les procédures figurant aux paragraphes 2 à 10 de cet article. Cet ensemble de garanties vise à assurer que la procédure de préqualification est menée selon des conditions objectives communiquées intégralement aux fournisseurs ou entrepreneurs participants; il vise aussi à assurer un minimum de transparence et à permettre à un entrepreneur ou fournisseur non préqualifié d'exercer son droit de contester sa disqualification.

39. La première garantie se traduit par le fait que l'invitation à la procédure de préqualification se fait de la même façon que l'invitation à la sollicitation ouverte. Le paragraphe 2 exige donc que l'invitation à participer à la préqualification paraisse dans une publication indiquée non dans la Loi type mais dans les règlements en matière de passation de marchés, comme cela est le cas pour l'invitation à participer à l'appel d'offres à l'article 33-1 et pour l'avis préalable de passation de marchés à l'article 34-5 [**hyperliens**]. S'il est vrai que dans de nombreux États, la publication devra probablement se faire au Journal officiel, l'approche plus souple qui a été choisie permet de prendre en considération l'évolution des procédures des États adoptants. Puisque le Journal officiel est traditionnellement une publication papier, cette approche respecte également le principe de neutralité technologique de la Loi type (en évitant de favoriser l'environnement papier). Voir aussi, dans le commentaire des articles ci-dessus, l'examen de l'accès sur l'accès effectif aux informations publiées sur la passation des marchés et l'article 5 sur la publication des textes juridiques [**hyperliens**].

40. Selon la règle par défaut, l'invitation doit être publiée également au niveau international d'une manière qui la rende facilement accessible aux fournisseurs étrangers, sauf si (comme dans le cas d'une invitation à participer à un appel d'offres prévu à l'article 33-4 [**hyperlien**]), l'entité adjudicatrice considère que les fournisseurs ou entrepreneurs étrangers ne voudront sûrement pas participer en raison de la faible valeur du marché concerné. Le commentaire figurant dans l'introduction du chapitre premier [**hyperlien**] examine les questions générales que soulève la fixation dans la Loi type de seuils pour les marchés de faible valeur,

---

[10] Pendant les consultations d'experts, il a été demandé s'il convenait de décourager le recours à la préqualification dans l'appel d'offres ouvert. Il est demandé au Groupe de travail de déterminer si un commentaire supplémentaire sur la question devrait être ajouté ici.

en préconisant une cohérence dans la désignation de ce type de marché (qu'il y ait un seuil explicit ou non). La notion de marché de faible valeur ne devrait pas être interprétée comme donnant aux États adoptants toute latitude pour fixer le seuil approprié suffisamment haut pour soustraire la plus grosse partie de leurs passations à l'exigence de publication internationale. Les règlements en matière de marchés publics ou les orientations émanant des organismes publics de passation des marchés ou d'instances analogues devraient par conséquent fournir davantage de détails sur ce qu'il faut entendre par "faible valeur" dans ce cas. En outre, il convient de souligner que la faible valeur du marché ne justifie pas à elle seule l'exclusion de la participation internationale de fournisseurs (contrairement à ce qui se passe pour les marchés nationaux, voir article 8 [**hyperlien**]), et que les fournisseurs internationaux peuvent donc, s'ils le veulent, participer à une procédure qui n'a pas fait l'objet d'une publicité internationale, par exemple en répondant à un avis national ou à un avis publié sur Internet.

41. Les États adoptants voudront peut-être aussi encourager les entités adjudicatrices à déterminer tout d'abord si une participation internationale est probable compte tenu des circonstances de chaque passation de marché, en supposant qu'il y a publication internationale, et que le marché soit ou non de faible valeur. Il peut être alors nécessaire de prendre en considération des facteurs géographiques et le faible nombre, voire l'absence, de fournisseurs étrangers, ce qui peut être le cas quand il s'agit par exemple d'artisanat autochtone. Les entités adjudicatrices devraient par ailleurs examiner les autres mesures à prendre en cas de participation internationale. À cet égard, la Loi type reconnaît que dans de tels cas de marché de faible valeur, l'entité adjudicatrice peut ou non avoir un intérêt économique à empêcher la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs étrangers: leur exclusion générale pourrait la priver inutilement de la possibilité d'obtenir un meilleur prix. D'un autre côté, une participation internationale peut entraîner des coûts de traduction et des délais plus longs pour permettre la traduction de l'avis et des réponses des fournisseurs étrangers, et amener l'entité adjudicatrice à examiner des offres et soumissions dans plus d'une langue. Lorsqu'une limitation est possible, l'entité adjudicatrice voudra évaluer au cas par cas les coûts et les avantages d'une participation internationale.

42. Le terme "adresse", au paragraphe 3 a), désigne le lieu physique enregistré mais aussi toutes les autres coordonnées pertinentes (numéros de téléphone, adresse électronique, etc. le cas échéant) Voir, également, la description du terme "adresse" dans le glossaire à l'annexe ** [**hyperlien**][11].

43. Les dispositions de cet article permettent à l'entité adjudicatrice de demander le paiement de frais pour le dossier de préqualification mais pas de recouvrer les coûts de développement (y compris les frais de consultants et de publicité). Il est entendu, comme le dit le paragraphe 4 de l'article, que le prix demandé se limitera aux frais minimaux de distribution du dossier (et de son impression, le cas échéant). En outre, les États adoptants devraient noter que la meilleure pratique est de ne pas faire payer pour ces documents[12].

---

[11] Le commentaire général sur les "adresses" dans le glossaire indiquera que ce terme doit être interprété de la même façon dans l'ensemble du texte de la Loi type, qu'il renvoie à l'adresse de l'entité adjudicatrice ou à celle d'un fournisseur ou entrepreneur.

[12] La dernière phrase reproduit l'opinion de certains commentateurs, comme une déclaration de

44. Le terme “endroit” au paragraphe 5 d) [**hyperlien**] ne désigne pas un lieu physique mais plutôt une publication officielle, un portail, etc. où les textes actualisés et faisant foi des lois et règlements de l’État adoptant sont mis à la disposition du public. Les questions soulevées dans le commentaire de l’article 5 [**hyperliens**] concernant l’accès approprié à des textes juridiques actualisés sont donc également pertinentes dans le contexte de ce paragraphe.

45. Aux paragraphes 9 et 10, il convient d’interpréter le terme “promptement” comme signifiant que les fournisseurs et entrepreneurs doivent être informés avant la sollicitation. Cette garantie essentielle assure la possibilité d’un recours efficace contre les décisions prises par l’entité adjudicatrice au cours de la procédure de préqualification. C’est également pour cela que l’article 10 impose à l’entité adjudicatrice de communiquer au fournisseur ou à l’entrepreneur non préqualifié les motifs de sa non-préqualification.

46. Les dispositions de cet article concernant la communication d’informations aux fournisseurs ou entrepreneurs ou au public sont soumises à l’article 24 sur la confidentialité [**hyperlien**] (qui prévoit des exceptions limitées à l’information du public).

47. Il convient d’établir une distinction entre la préqualification et la présélection, que la Loi type n’envisage que dans le cadre de la demande de propositions avec dialogue visée à l’article 49 [**hyperlien**]. Dans le cas de la préqualification, tous les fournisseurs ou entrepreneurs préqualifiés peuvent présenter des soumissions. Dans le cas de la présélection, le nombre maximum de fournisseurs ou entrepreneurs préqualifiés autorisés à présenter une soumission sera fixé dès le début de la procédure de passation, et le nombre maximum de participants est précisé dans l’invitation à participer à la présélection. Dans la procédure de préqualification, l’identification des fournisseurs ou entrepreneurs qualifiés se fait sur la base de critères de qualification préétablis remplis ou non par les candidats, alors que la présélection suppose d’autres procédures de sélection, généralement concurrentielles, si le nombre maximum de fournisseurs ou entrepreneurs est dépassé (la présélection peut par exemple comporter après un test éliminatoire un classement selon les critères de qualification, et la sélection des meilleurs candidats qualifiés dans la limite du maximum établi). Cette mesure est prise même si des critères de préqualification rigoureux peuvent en fait limiter le nombre de fournisseurs ou entrepreneurs préqualifiés.

**Article 19. Abandon de la passation de marché [**hyperlien**]**

48. L’article 19 permet à l’entité adjudicatrice d’abandonner la passation de marché. C’est son droit absolu avant l’acceptation de la soumission à retenir, après quoi elle ne peut le faire que si le fournisseur ou l’entrepreneur dont la soumission a été retenue ne signe pas le marché comme il le doit ou s’il ne fournit pas la garantie requise de bonne exécution du marché (voir les articles 19-1 et 22-8 et le commentaire s’y rapportant, qui énumère les autres options possibles dans de telles circonstances [**hyperliens**]).

49. Cette disposition est importante parce qu’une entité adjudicatrice peut devoir abandonner la passation d’un marché pour des motifs d’intérêt général, par exemple

---

principe, mais d’autres estiment que cette position n’est pas réaliste.

s'il apparaît que la concurrence a été insuffisante ou qu'il y a eu collusion, si elle n'a plus besoin de l'objet du marché ou si le marché ne peut plus être passé en raison d'une modification de la politique nationale ou du retrait d'un financement, ou parce que toutes les soumissions se sont révélées non conformes, ou que les prix proposés dépassent largement le budget disponible. Les dispositions de l'article reconnaissent donc qu'il peut être préférable, dans l'intérêt général, de permettre à l'entité adjudicatrice d'abandonner un marché peu souhaitable plutôt que d'en exiger l'exécution.

50. L'entité adjudicatrice ayant le droit absolu d'abandonner la passation d'un marché tant que la soumission retenue n'a pas été acceptée, l'article prévoit des garanties contre tout abus de ce droit. La première est l'obligation de notification figurant au paragraphe 2, qui vise à encourager la transparence, la responsabilité et un recours efficace. Aux termes de ce paragraphe, la décision d'abandonner la passation et les raisons de celle-ci doivent être promptement communiquées à tout fournisseur ou entrepreneur ayant présenté une soumission afin qu'il puisse la contester s'il le souhaite. Il n'est pas fait obligation à l'entité adjudicatrice de justifier sa décision (étant entendu qu'en règle générale, elle devrait être libre d'abandonner la procédure de passation pour des motifs économiques, sociaux ou politiques qu'elle n'a pas à justifier), mais elle doit fournir un bref exposé des raisons de cette décision, suffisant pour étayer un recours[13]. L'entité adjudicatrice n'est pas tenue de fournir des justifications mais elle le peut, si elle estime qu'il y a lieu de le faire (par exemple, si elle souhaite montrer que la décision ne résultait pas de manœuvres irresponsables ou dilatoires de sa part). Elle peut aussi décider de procéder à un retour d'information (sur ce point, voir la section ** du commentaire général et l'introduction du chapitre VII [**hyperliens**]).

51. Une garantie supplémentaire est l'obligation faite à l'entité adjudicatrice d'annoncer sa décision d'abandonner la passation au même endroit et de la même manière qu'ont été publiées les informations originales concernant le marché. Cette mesure est importante pour permettre au public de contrôler les pratiques des entités adjudicatrices de l'État adoptant.

52. Certaines dispositions des paragraphes 1 et 2 de l'article visent à traiter les soumissions présentées mais non encore ouvertes par l'entité adjudicatrice (par exemple, lorsque la décision d'abandon est prise avant la date limite de présentation des offres). Une fois que la décision d'abandon est prise, toute soumission non ouverte doit être renvoyée en l'état au fournisseur ou à l'entrepreneur qui l'a présentée. Cette exigence évite le risque que les informations fournies par les fournisseurs ou entrepreneurs dans leurs soumissions soient utilisées à des fins illégitimes, par exemple transmises à leurs concurrents. Elle vise aussi à empêcher que l'entité adjudicatrice n'abuse de son droit d'abandonner la passation pour des motifs illégitimes ou illicites, par exemple après avoir obtenu les informations souhaitées sur la situation du marché ou appris qu'un fournisseur ou entrepreneur qu'elle privilégie ne remportera pas le marché.

53. Dans de nombreux États, la décision d'abandonner la passation n'est normalement pas susceptible de recours, en particulier auprès d'autorités administratives, sauf en cas de pratiques abusives. Cependant, la Loi type n'exonère

---

[13] Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner s'il convient d'ajouter un exemple illustrant les différences entre raisons et justifications.

pas les décisions ou actes pris par l'entité adjudicatrice dans la procédure de passation de marché des procédures de contestation ou d'appel prévues au chapitre VIII (même si l'on a fait preuve de prudence lors de la rédaction de l'article 67 pour tenir compte du fait que, dans certains États, l'organe administratif n'aurait pas compétence pour traiter ce type de recours). Le paragraphe 3 vise à limiter à des circonstances exceptionnelles la responsabilité de l'entité adjudicatrice ayant décidé d'abandonner la procédure de passation. Sa responsabilité vis-à-vis des fournisseurs ou entrepreneurs ayant présenté des soumissions y est donc limitée à toute situation où l'abandon résulte de manœuvres irresponsables ou dilatoires de sa part.

54. Le chapitre VIII de la Loi type [**hyperlien**] prévoit donc le droit de contester la décision de l'entité adjudicatrice d'abandonner la passation de marché, mais la question de savoir si la responsabilité de l'entité adjudicatrice serait engagée dépendra des circonstances de fait de l'espèce. Le paragraphe 3 est considéré comme important à cet égard parce qu'il protège l'entité adjudicatrice des contestations infondées mais aussi les fournisseurs ou entrepreneurs contre l'abandon sans motifs de la procédure de passation. On considère toutefois que malgré les limitations de responsabilité visées au paragraphe 3, l'entité adjudicatrice, qui a abandonné la passation, peut voir sa responsabilité engagée sur le fondement d'autres branches de droit. En particulier, bien que les fournisseurs ou entrepreneurs présentent leurs soumissions à leurs risques et périls et assument les dépenses y afférentes, l'abandon de la passation peut faire naître une responsabilité envers ceux dont les soumissions ont été ouvertes, même dans des circonstances non prévues au paragraphe 3.

55. Dans certains pays, le droit administratif peut limiter l'exercice du droit d'abandonner la passation, par exemple en interdisant toute mesure constituant un abus de pouvoir discrétionnaire ou une violation des principes fondamentaux de la justice. Dans d'autres pays, il peut au contraire prévoir un droit absolu d'abandonner la passation de marché à tout stade de la procédure, même si la soumission à retenir a été acceptée, indépendamment des dispositions de la Loi type. La législation peut aussi prévoir d'autres recours contre des décisions administratives abusives prises par des agents publics. L'État adoptant sera donc peut-être amené à harmoniser les dispositions de l'article avec les dispositions pertinentes de ses autres lois applicables. Le glossaire figurant à l'annexe ** [**hyperlien**] donne des exemples des types de comportement que cette disposition tend à couvrir, et l'organisme public de passation des marchés ou une instance similaire souhaitera peut-être donner des orientations plus détaillées aux entités adjudicatrices sur l'étendue de leur pouvoir discrétionnaire et de leur responsabilité éventuelle en vertu de la loi sur les marché publics et de toute autre loi de l'État adoptant qui pourrait prévoir qu'un acte administratif engage la responsabilité de son auteur.

56. Il convient d'établir une distinction entre l'abandon de la passation par l'entité adjudicatrice en vertu de l'article 19 et la décision de mettre fin à la procédure de passation de marché prévue à l'article 67-9 g) de la Loi type [**hyperlien**]. Dans les deux cas, les conséquences sont les mêmes: l'entité adjudicatrice ne peut prendre aucune mesure ou décision une fois que la décision d'abandonner la passation ou celle d'y mettre fin a pris effet.

## A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.6 (Original: anglais)

## Note du Secrétariat concernant le Guide révisé pour l'incorporation qui accompagnera la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa vingt et unième session

ADDITIF

Le présent additif contient une proposition concernant le texte du Guide qui accompagnera les articles 20 à 26 du chapitre premier (Dispositions générales) de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

# GUIDE POUR L'INCORPORATION DANS LE DROIT INTERNE DE LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LA PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS

…

## Deuxième partie. Commentaire par article

…

**Article 20. Rejet des soumissions anormalement basses**

1. Cet article permet à l'entité adjudicatrice de rejeter une soumission dont le prix est anormalement bas et suscite des craintes quant à la capacité du fournisseur ou de l'entrepreneur concerné d'exécuter le marché. Il s'applique à toute procédure de passation de marché prévue dans la Loi type.

2. L'article prévoit des garanties visant à protéger les intérêts des deux parties. D'un côté, il permet à l'entité adjudicatrice de traiter les soumissions susceptibles d'être anormalement basses avant la conclusion du marché, évitant ainsi le risque que celui-ci ne puisse être exécuté, ou ne puisse l'être au prix soumis, et le risque d'un renchérissement, d'un retard ou d'une désorganisation du projet.

3. D'un autre côté, l'entité adjudicatrice ne peut rejeter automatiquement une soumission au seul motif que le montant indiqué semble anormalement bas. Un tel droit engendrerait une possibilité d'abus, car les soumissions pourraient être rejetées sans justification ou sur la base d'un critère purement subjectif. Ce risque serait particulièrement important dans la passation de marchés internationaux, où un prix anormalement bas dans un pays pourrait être parfaitement normal dans un autre. De plus, un prix inférieur au coût de revient peut sembler anormalement bas alors qu'il peut être légitime de vendre à perte de vieux stocks ou de fixer un tel prix pour

occuper la main-d'œuvre, sous réserve des réglementations applicables en matière de concurrence[1].

4. Pour ces raisons, l'article ne permet le rejet d'une soumission anormalement basse que si l'entité adjudicatrice s'est employée à démontrer le bien-fondé de ses craintes quant à l'exécution du marché, sans préjudice de toute autre loi applicable qui pourrait lui imposer de rejeter la soumission, par exemple en cas d'infraction (comme le blanchiment d'argent) ou de pratiques illégales (comme le non-respect des obligations relatives au salaire minimal ou à la sécurité sociale ou une collusion).

5. En conséquence, le paragraphe 1 énonce les conditions que l'entité adjudicatrice doit respecter avant de pouvoir rejeter une soumission anormalement basse, afin de garantir la régularité de la procédure et de préserver les droits du fournisseur ou de l'entrepreneur concerné.

6. La première condition est de demander par écrit au fournisseur ou à l'entrepreneur concerné des précisions sur les éléments de la soumission dont elle estime qu'ils peuvent justifier le prix indiqué. Il peut s'agir d'informations ou d'échantillons établissant la qualité de l'objet du marché; des méthodes et des paramètres économiques de tout procédé pertinent de fabrication; des solutions techniques adoptées et/ou de toute condition exceptionnellement favorable dont le fournisseur ou l'entrepreneur bénéficie pour exécuter le marché. Le prix donné est donc toujours analysé par rapport aux autres éléments de la soumission concernée[2].

7. L'État adoptant peut choisir de réglementer le type d'informations que l'entité adjudicatrice peut demander dans le cadre de cette procédure de justification du prix. À cet égard, il convient de noter que l'évaluation porte sur la question de savoir si le prix est réaliste (par rapport aux autres éléments de la soumission, comme ceux mentionnés au paragraphe précédent), et se fonde sur des éléments tels que les estimations d'avant la passation, les prix du marché ou ceux de marchés antérieurs, le cas échéant. Il ne serait peut-être pas approprié de demander des informations sur les coûts de base que les fournisseurs et entrepreneurs auront utilisés pour déterminer le prix lui-même. L'évaluation des coûts pouvant être lourde et complexe, voire impossible dans certains cas, l'entité adjudicatrice peut ne pas être totalement à même d'évaluer le prix par rapport à ces coûts. Dans certains États, la loi peut interdire à l'entité adjudicatrice d'exiger des informations sur la structure des coûts, en raison du risque d'utilisation abusive de celles-ci.

8. La deuxième condition est de prendre en compte, dans l'évaluation du prix, la réponse du fournisseur ou de l'entrepreneur. Si un fournisseur ou entrepreneur refuse de communiquer les informations que l'entité adjudicatrice lui demande, ce refus ne donne pas automatiquement à cette dernière le droit de rejeter la soumission anormalement basse mais il constitue un élément à prendre en considération pour déterminer si la soumission est anormalement basse.

---

[1] Le Groupe de travail souhaitera peut-être supprimer la dernière phrase pour ne pas nuire à la concurrence internationale.

[2] Le Secrétariat demande des instructions concernant la cohérence entre ce paragraphe et le paragraphe suivant pour ce qui est de l'évaluation des coûts.

9. Ce n'est qu'après avoir satisfait aux exigences décrites au paragraphe 1 que l'entité adjudicatrice peut rejeter la soumission anormalement basse[3]. L'article ne lui fait pas obligation de rejeter une soumission anormalement basse. Les règlements ou orientations émanant de l'organisme public de passation des marchés ou d'une instance similaire devraient toutefois limiter le pouvoir discrétionnaire d'accepter ou de rejeter ces soumissions, tant pour garantir la cohérence et les bonnes pratiques que pour éviter les abus.

10. Enfin, si, à l'issue de la procédure de justification du prix, l'entité adjudicatrice conserve des craintes quant à l'aptitude du fournisseur ou de l'entrepreneur à exécuter le marché, elle doit consigner ces craintes et les raisons de celles-ci au procès-verbal de la passation du marché (voir par. 2). Cette disposition vise à garantir que toute décision de rejeter la soumission anormalement basse est prise de manière objective et qu'avant de la prendre, l'entité adjudicatrice a dûment consigné toutes les informations la concernant, de façon à pouvoir répondre de ses choix et assurer la transparence et l'objectivité de la procédure.

11. La décision de rejet doit être versée au procès-verbal de la procédure de passation de marché et communiquée promptement au fournisseur ou à l'entrepreneur concerné, conformément au paragraphe 2 de l'article. Elle peut être contestée conformément au chapitre VIII de la Loi type [**hyperlien**].

12. Les États adoptants devraient savoir que d'autres exigences que celles mentionnées dans l'article peuvent prévenir efficacement les risques liés à l'exécution découlant de soumissions anormalement basses. L'évaluation approfondie des qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs et l'examen ou l'évaluation de leurs soumissions peuvent jouer un rôle particulièrement important dans ce contexte. Ces mesures, à leur tour, supposent que les exigences concernant les qualifications soient bien formulées et que l'objet du marché soit décrit avec précision. Les entités adjudicatrices devraient être conscientes de la nécessité de réunir des informations exactes et complètes sur les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs, y compris sur leurs résultats antérieurs, et d'accorder lors de l'évaluation l'attention voulue à tous les aspects des soumissions, et non pas seulement au prix (par exemple les frais d'entretien et de remplacement). Ces mesures peuvent permettre d'identifier efficacement les risques liés à l'exécution.

13. Parmi les mesures possibles, on peut citer: i) une sensibilisation aux effets préjudiciables des soumissions anormalement basses; ii) la fourniture aux responsables de la passation des marchés de formations ainsi que de ressources et d'informations suffisantes, notamment des prix de référence ou des prix du marché; et iii) l'allocation d'un temps suffisant pour chaque étape de la procédure de passation. Pour dissuader les fournisseurs ou entrepreneurs de présenter des soumissions anormalement basses et promouvoir un comportement responsable, il peut être souhaitable que les entités adjudicatrices précisent dans le dossier de sollicitation que les soumissions anormalement basses peuvent être rejetées si elles suscitent des craintes quant à l'exécution du marché.

---

[3] Il est demandé au Groupe de travail d'expliquer pourquoi il ne s'agit pas là d'une obligation mais d'une option: L'objectif est-il de dissuader la collusion, comme dans le cas de la latitude donné à l'article 22 d'abandonner la passation ou d'accepter la soumission venant en deuxième position?

**Article 21. Exclusion d'un fournisseur ou entrepreneur de la procédure de passation de marché au motif d'incitations de sa part, d'un avantage concurrentiel injuste ou d'un conflit d'intérêts**

14. Cet article contient une liste exhaustive des motifs pour lesquels un fournisseur ou entrepreneur doit être obligatoirement exclu de la procédure de passation de marché, autres que ceux liés à la qualification ou au contenu d'une soumission. On n'y trouve pas le terme "corruption" mais des exemples d'actes de corruption (incitation, avantage concurrentiel injuste et conflits d'intérêts). Comme ces exemples de comportement frauduleux sont couramment cités, cet article constitue une mesure importante de lutte contre la corruption.

15. L'article se veut conforme aux normes internationales et vise à proscrire toutes les pratiques de corruption, quelles qu'en soient la forme et la définition. Ces normes se trouvent dans des instruments internationaux tels que la Convention des Nations Unies contre la corruption, ou dans des documents publiés par des organisations internationales telles que l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) et les banques multilatérales de développement [**hyperlien**]. Elles peuvent évoluer avec le temps. Conformément à l'article 3 de la Loi type [**hyperlien**], qui consacre la prééminence des engagements internationaux de l'État adoptant, celui-ci est encouragé à tenir compte des normes anticorruption internationales applicables au moment de l'adoption de la Loi type. Certaines de ces normes peuvent être obligatoires pour l'État adoptant s'il est partie à l'instrument international considéré[4].

16. Bien que les procédures et garanties énoncées dans la Loi type visent à promouvoir la transparence et l'objectivité et donc à réduire la corruption, on ne peut attendre d'une loi sur les marchés publics qu'elle élimine à elle seule les pratiques de corruption dans les marchés publics de l'État adoptant. On ne devrait pas non plus attendre des entités adjudicatrices qu'elles règlent tous les problèmes de corruption. L'État devrait donc disposer en général d'un système efficace de sanctions contre la corruption des agents publics, y compris des employés des entités adjudicatrices, ainsi que des fournisseurs et entrepreneurs, système qui s'appliquerait aussi à la procédure de passation des marchés, dans le but d'améliorer la gouvernance dans l'ensemble du système[5].

17. Le terme "incitation", dans le titre de l'article, peut désigner de manière générale toute tentative de fournisseurs ou d'entrepreneurs d'exercer une influence indue sur l'entité adjudicatrice. Il revient à l'État adoptant de définir ce qui constituera un avantage concurrentiel injuste ou un conflit d'intérêts aux fins de l'application du paragraphe 1 b). Les dispositions traitent le conflit d'intérêts du

---

4 La Commission a demandé que le Guide examine les raisons pour lesquelles il n'y a pas de seuil, en renvoyant aux dispositions et pratiques nationales, et qu'il précise que même de petites choses peuvent constituer une incitation dans certaines circonstances. Il est demandé au Groupe de travail de donner des orientations pour qu'il soit satisfait à cette demande.

5 Il a été suggéré dans le Groupe de travail d'expliquer dans le Guide que dans le contexte des marchés publics il pourrait être impossible d'établir le fait de corruption par opposition aux pots-de-vin, le premier pouvant supposer une succession d'actes dans le temps plutôt qu'un acte unique. Le Secrétariat aimerait recevoir des indications sur l'opportunité d'inclure cette déclaration ou d'autres déclarations dans le Guide pour tenter de donner des exemples pertinents.

fournisseur ou de l'entrepreneur seulement. Le conflit d'intérêts de l'entité adjudicatrice est régi par des règles distinctes, telles que l'article 26 sur le code de conduite des agents des entités adjudicatrices [**hyperlien**]. Pour éviter tout avantage concurrentiel injuste ou conflit d'intérêts, les normes applicables de l'État adoptant devraient, par exemple, interdire aux consultants intervenant dans la rédaction du dossier de sollicitation de participer à la procédure de passation du marché pour laquelle ce dossier est utilisé. Elles devraient aussi réglementer la participation des filiales à la même procédure de passation de marché. Certains points liés à ces concepts peuvent être réglementés par d'autres branches du droit de l'État adoptant, par exemple la législation antimonopoles.

18. Un "avantage concurrentiel injuste" pourrait découler d'un conflit d'intérêts (par exemple, si un même avocat représente les deux parties en l'espèce). Ce n'est toutefois pas nécessairement toujours le cas et un tel avantage pourrait découler de circonstances complètement différentes[6].

19. Les dispositions de l'article sont sans préjudice d'autres sanctions qui peuvent être imposées au fournisseur ou à l'entrepreneur, telles que l'exclusion (voir à ce propos le commentaire figurant dans la section ** du commentaire général [**hyperliens**]). Toutefois, une sanction, y compris une condamnation pénale, n'est pas une condition préalable à l'exclusion du fournisseur ou de l'entrepreneur en vertu de l'article.

20. Pour éviter toute application abusive de l'article 21 [**hyperlien**], la décision d'exclusion et les motifs de celle-ci doivent être consignés au procès-verbal de la procédure de passation et communiqués promptement au coupable présumé afin de permettre une contestation[7]. Les règlements, règles ou orientations en matière de passation des marchés devraient aider à déterminer s'il existe des éléments concrets justifiant l'exclusion. Pour un examen plus approfondi de ces questions, voir également le commentaire de l'article 26 relatif au code de conduite [**hyperlien**].

21. L'application de l'article est également subordonnée à d'autres lois anticorruption de l'État adoptant pour éviter une confusion inutile, des incohérences et une interprétation incorrecte des politiques anticorruption de cet État. Dans ce domaine, l'échange d'informations et la coordination entre organismes publics devraient être encouragés et facilités, comme évoqué dans le commentaire de l'introduction du chapitre premier [**hyperlien**].

---

[6] La Commission a proposé de recourir à des exemples pour expliquer ce qu'est un avantage concurrentiel injuste: il est demandé au Groupe de travail de fournir de tels exemples.

[7] Il a été suggéré au sein du Groupe de travail d'expliquer dans le Guide que les risques d'un rejet injustifié pourraient être atténués si on encourageait, entre l'entité adjudicatrice et le fournisseur ou l'entrepreneur concerné, un dialogue visant à examiner les conflits d'intérêts potentiels, sur la base des dispositions de l'article 20 régissant l'examen des soumissions anormalement basses. Le Secrétariat aimerait recevoir des indications qui puissent l'aider, compte tenu des éventuelles pratiques et conclusions abusives qu'un tel dialogue pourrait faciliter pour éviter l'application de l'article.

**Article 22. Acceptation de la soumission retenue et entrée en vigueur du marché [**hyperlien**]**

22. L'article 22 énonce des règles détaillées applicables à: i) l'acceptation de la soumission retenue; ii) une garantie sous la forme d'un délai d'attente permettant à des fournisseurs ou entrepreneurs de contester la décision avant l'entrée en vigueur du marché ou de l'accord-cadre; et iii) l'entrée en vigueur du marché. Il est complété par les exigences de transparence de la Loi type concernant les informations à communiquer aux fournisseurs ou entrepreneurs dès le début de la procédure de passation de marché, telles que les modalités d'entrée en vigueur du marché (voir, par exemple, l'alinéa v) de l'article 39 [**hyperlien**] qui prévoit que le dossier de sollicitation comporte des informations sur l'application et la durée du délai d'attente). L'alinéa w) de l'article 39 [**hyperlien**] exige en outre que soient précisées, dans le dossier de sollicitation, les formalités qui devront être accomplies une fois qu'une soumission retenue a été acceptée pour qu'un marché entre en vigueur, ce qui, conformément à l'article 22, peut comprendre la signature d'un contrat écrit et l'approbation d'une autre autorité.

23. Le paragraphe 1 dispose qu'en règle générale, l'entité adjudicatrice doit accepter la soumission retenue, ce qui signifie que le marché ou l'accord-cadre doit être attribué au fournisseur ou à l'entrepreneur qui l'a présentée (dénommé fournisseur retenu), aux conditions qui y sont énoncées. (Il n'y a pas de définition unique de la soumission retenue. Les articles régissant la procédure des différentes méthodes de passation définissent cette expression pour chaque méthode [**hyperlien**].) Les exceptions à la règle générale du paragraphe 1 sont énoncées aux alinéas a) à d) (disqualification du fournisseur retenu, abandon de la passation de marché, rejet de la soumission au motif qu'elle est anormalement basse, conformément à l'article 20 [**hyperlien**], ou exclusion du fournisseur retenu en raison d'incitations de sa part, d'un avantage concurrentiel injuste ou d'un conflit d'intérêts, conformément à l'article 21 [**hyperlien**]).

24. Il convient d'interpréter le motif de rejet de la soumission retenue énoncé à l'alinéa a) (disqualification) en tenant compte des dispositions de l'article 9-1 [**hyperlien**], qui dispose que la vérification des qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs peut se faire à tous les stades de la procédure de passation, de l'article 9-8 d), qui permet à l'entité adjudicatrice de demander à tout fournisseur ou entrepreneur préqualifié de justifier à nouveau de ses qualifications [**hyperlien**], et des articles 43-6 et 7 et 57-2, qui régissent spécifiquement l'évaluation des qualifications du fournisseur retenu [**hyperlien**].

25. Il est entendu que la liste d'exceptions des alinéas a) à d) du paragraphe 1 n'est pas exhaustive: elle ne mentionne que les motifs pouvant être invoqués par l'entité adjudicatrice. D'autres motifs peuvent découler d'une procédure de contestation ou d'appel, par exemple si l'instance indépendante mentionnée à l'article 67 [**hyperlien**] ordonne qu'il soit mis fin à la procédure de passation, exige que l'entité adjudicatrice reconsidère sa décision ou que d'autres mesures soient prises. Il convient en outre de ne pas confondre ces motifs avec ceux justifiant l'attribution du marché à la soumission à retenir suivante conformément à l'article 22-8 [**hyperlien**]: ceux-ci interviendraient après l'acceptation de la soumission retenue, et non au stade où l'entité adjudicatrice prend une décision quant à cette acceptation.

26. Le paragraphe 2 régit l'application du délai d'attente défini à l'article 2 r) comme "la période commençant à l'expédition de l'avis visé à l'article 22-2 de la présente Loi, pendant laquelle l'entité adjudicatrice ne peut accepter la soumission retenue et les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent introduire un recours conformément au chapitre VIII de la présente Loi [**hyperlien**] contre la décision communiquée". L'objectif premier du délai d'attente est donc d'éviter de devoir annuler un marché ou un accord-cadre entré en vigueur.

27. Le délai d'attente est notifié à tous les fournisseurs ou entrepreneurs ayant présenté des soumissions, y compris au fournisseur retenu. (Il convient de ne pas confondre cette notification et l'avis d'acceptation envoyé uniquement au fournisseur retenu conformément au paragraphe 4 de l'article.) Les informations communiquées en vertu du paragraphe 2 comprennent celles énumérées aux alinéas a) à c). Les dispositions de l'article 24 sur la confidentialité [**hyperlien**] indiqueront s'il y a lieu de ne pas communiquer l'une ou l'autre des informations visées à l'alinéa b) pour des raisons de confidentialité. Bien qu'il puisse être nécessaire de préserver la confidentialité d'informations commerciales sensibles lors de l'énonciation des caractéristiques et avantages relatifs de la soumission retenue, il est essentiel que les fournisseurs ou entrepreneurs participant à la procédure de passation reçoivent suffisamment d'informations sur le processus d'évaluation pour mettre utilement à profit le délai d'attente.

28. Parce que le délai d'attente commence à courir au moment de l'expédition de l'avis, l'article exige, pour assurer la transparence, l'intégrité et un traitement juste et équitable de tous les fournisseurs et entrepreneurs dans la passation de marché, que l'avis soit expédié promptement et simultanément à tous les fournisseurs ou entrepreneurs concernés. Il ne suffirait pas, par exemple, de le mettre en ligne sur le site Web.

29. Il n'est pas fait obligation à l'entité adjudicatrice de donner aux fournisseurs ou entrepreneurs des explications ou les raisons pour lesquelles ils n'ont pas été retenus. Néanmoins, le retour d'information sur demande d'un fournisseur ou entrepreneur constitue la meilleure pratique et devrait être encouragé par l'État adoptant. (Sur le retour d'information, voir la fin du commentaire relatif à l'article.)

30. Les dispositions du paragraphe 2 exigent également que l'entité adjudicatrice précise dans l'avis d'acceptation la durée du délai d'attente, fixée dans le dossier de sollicitation. Il importe de communiquer cette information à titre de rappel mais aussi de précision: puisque le délai d'attente court à compter de la date d'expédition de l'avis, ce dernier précisera les dates de début et de fin de ce délai, censées correspondre à la durée indiquée dans le dossier de sollicitation.

31. Il est indispensable que les fournisseurs ou entrepreneurs, d'une part, et l'entité adjudicatrice, d'autre part, connaissent avec certitude le début et la fin du délai d'attente pour permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs de prendre les décisions qui s'imposent et à l'entité adjudicatrice d'attribuer le marché sans risquer de créer des problèmes. La date d'expédition, qui crée le plus haut degré de certitude, est indiquée dans la Loi type comme point de départ du délai d'attente. La même solution est retenue pour les autres types d'avis délivrés en vertu de l'article (voir par. ... ci-dessous). On trouvera au paragraphe 9 de l'article une explication de la signification du mot "expédition".

32. La Loi type laisse à l'entité adjudicatrice le soin de déterminer au cas par cas la durée précise du délai d'attente en fonction des circonstances de la passation envisagée, et en particulier des moyens de communication utilisés et du caractère national ou international du marché. Pour assurer l'égalité de traitement, il peut être nécessaire de prévoir plus de temps, par exemple pour qu'un avis envoyé par courrier normal arrive chez des fournisseurs ou entrepreneurs situés à l'étranger.

33. La latitude laissée à l'entité adjudicatrice pour fixer la durée du délai d'attente n'est pas sans limite. Elle est soumise à un minimum qui doit être fixé par l'État adoptant dans les règlements en matière de passation des marchés. Plusieurs points doivent être pris en considération pour fixer la durée minimale, notamment l'incidence qu'elle aura sur les objectifs généraux de la Loi type. L'incidence d'un long délai sur les coûts sera certes prise en compte par les fournisseurs ou entrepreneurs dans leur soumission et dans leur décision de participer à la procédure, mais le délai devrait être suffisamment long pour permettre d'introduire un recours contre la procédure. Les États adoptants souhaiteront peut-être fixer plusieurs délais d'attente selon les types de marché, en tenant compte ainsi de la difficulté qu'il y a à déterminer si les règles et procédures applicables ont été suivies, mais ils doivent cependant noter qu'un délai trop long peut être inadapté aux enchères électroniques inversées et aux accords-cadres ouverts, qui supposent une attribution rapide et pour lesquels le nombre et la complexité des questions susceptibles de recours sont limités. À l'opposé, un marché portant sur des infrastructures peut exiger une période d'examen plus longue.

34. La durée du délai d'attente peut être exprimée en jours ouvrables ou jours calendaires, en fonction de la durée ou du nombre de jours non ouvrables susceptibles d'entrer en ligne de compte. Il convient de garder à l'esprit que le but premier du délai d'attente est de donner aux fournisseurs ou entrepreneurs le temps de décider s'ils contestent la décision de l'entité adjudicatrice d'accepter la soumission à retenir. Le délai est donc censé être aussi court que les circonstances le permettent, pour ne pas perturber indûment la procédure. En cas de contestation, les dispositions du chapitre VIII de la Loi type [**hyperlien**] traitent de la suspension de la procédure et d'autres recours appropriés.

35. Le paragraphe 3 énonce les exceptions à l'application du délai d'attente. La première concerne les marchés attribués au titre d'accords-cadres sans mise en concurrence lors de la deuxième étape[8]. (Un délai d'attente s'applique en cas de conclusion d'un accord-cadre et pour tous les marchés attribués au titre d'un accord-cadre avec mise en concurrence lors de la deuxième étape.)

36. La deuxième exception s'applique aux marchés de faible valeur. Comme indiqué dans le commentaire de l'introduction du chapitre premier [**hyperlien**], l'État adoptant devrait envisager d'aligner le seuil spécifié dans les règlements en matière de passation des marchés (par. 3 b)) sur d'autres seuils, notamment ceux qui justifient une dérogation à l'obligation de publier l'avis d'attribution du marché (en vertu de l'article 23-2) et le recours à la procédure de demande de prix (en vertu de l'article 29-2) [**hyperliens**]).

---

[8] Le Secrétariat aimerait recevoir des indications sur les raisons de cette exception. Le compte rendu des délibérations du Groupe de travail n'est pas concluant sur ce point (voir A/CN.9/687, par. 96). À examiner aussi dans le contexte des indications concernant le chapitre VII.

37. La troisième exception se justifie par des considérations urgentes d'intérêt général, dont la nature est examinée dans le commentaire de l'article 65-3 relatif aux raisons qui justifient la levée d'une interdiction de conclure un marché [**hyperlien**].

38. Le paragraphe 4 précise à quel moment l'avis d'acceptation doit être envoyé au fournisseur ou à l'entrepreneur retenu. Il peut y avoir plusieurs cas de figure. Premièrement, lorsqu'un délai d'attente a été appliqué et qu'aucune procédure de contestation ou d'appel n'est pendante, l'entité adjudicatrice expédie l'avis dès l'expiration du délai d'attente. Deuxièmement, lorsqu'un délai d'attente a été appliqué et une procédure de contestation ou d'appel est pendante à l'expiration de ce délai, l'entité adjudicatrice n'est pas autorisée à expédier l'avis d'acceptation (en vertu de l'article 65 de la Loi type [**hyperlien**]) tant qu'elle n'a pas reçu des autorités compétentes une injonction ou une autorisation de le faire. Troisièmement, lorsque aucun délai d'attente n'a été appliqué, l'entité adjudicatrice doit expédier l'avis d'acceptation dès qu'elle a décidé de la soumission à retenir, à moins qu'un tribunal ou une autre autorité désignée ne lui enjoigne de ne pas le faire.

39. La Loi type prévoit différentes méthodes d'entrée en vigueur du marché, sachant que les États peuvent préférer telle ou telle méthode et que, même dans un État donné, des méthodes différentes peuvent être employées selon les circonstances.

40. Selon une de ces méthodes (décrite au paragraphe 5), sauf indication contraire dans le dossier de sollicitation, le marché entre en vigueur lorsque l'avis d'acceptation est expédié au fournisseur ou à l'entrepreneur retenu. La raison pour laquelle l'entrée en vigueur est liée à l'expédition et non à la réception de l'avis d'acceptation est que l'entité adjudicatrice doit notifier son acceptation pendant que la soumission est en vigueur afin que le fournisseur ou l'entrepreneur ait l'obligation d'exécuter le marché. Si on se fondait sur la "réception", il suffirait qu'un avis correctement envoyé soit retardé, égaré ou mal dirigé, sans qu'il y ait faute de la part de l'entité adjudicatrice, et qu'il soit reçu après expiration de la période de validité de la soumission pour que l'entité adjudicatrice perde son droit de lier le fournisseur ou l'entrepreneur. En se fondant sur l'"expédition", si l'avis est retardé, égaré ou mal dirigé, l'entrepreneur ou le fournisseur peut n'apprendre qu'après l'expiration de la période de validité de sa soumission que celle-ci a été acceptée mais dans la plupart des cas, cette conséquence sera moins grave que la perte du droit de l'entité adjudicatrice de lier le fournisseur ou l'entrepreneur.

41. Une deuxième méthode (énoncée au paragraphe 6) lie l'entrée en vigueur du marché à la signature par le fournisseur retenu d'un contrat écrit conforme à la soumission. Cette méthode n'est possible que si le dossier de sollicitation comporte cette exigence et ne doit pas être considérée comme la norme pour l'ensemble des procédures de passation de marché. Les États adoptants sont invités à indiquer dans leurs règlements en matière de passation des marchés les circonstances dans lesquelles un contrat écrit peut être exigé, en tenant compte du fait que cette exigence peut être particulièrement lourde pour les fournisseurs ou entrepreneurs étrangers, et si l'État adoptant impose des mesures de vérification de l'authenticité de la signature.

42. Une troisième méthode (énoncée au paragraphe 7) dispose que le marché entre en vigueur lorsqu'il est approuvé par une autre autorité. Dans les États adoptant

cette disposition, les règlements en matière de passation des marchés pourront préciser les circonstances dans lesquelles cette approbation sera requise (par exemple, uniquement lorsque le marché dépasse une valeur donnée). Le paragraphe 7 réaffirme le rôle du dossier de sollicitation, qui indique aux fournisseurs ou entrepreneurs les formalités requises pour l'entrée en vigueur du marché. La condition selon laquelle le dossier de sollicitation doit donner une estimation du délai nécessaire pour obtenir cette approbation et la disposition selon laquelle la non-obtention de l'approbation dans ce délai n'entraîne pas une prorogation de la période de validité de la soumission retenue ni de la garantie de soumission visent à établir un équilibre tenant compte des droits et des obligations des fournisseurs et entrepreneurs. Elles visent notamment à éviter qu'un entrepreneur ou fournisseur retenu ne reste engagé envers l'entité adjudicatrice pendant une période indéterminée sans avoir l'assurance que le marché entrera à terme en vigueur.

43. S'agissant des bonnes pratiques, le paragraphe 8 précise que si le fournisseur ou l'entrepreneur retenu ne signe pas le marché en temps voulu, l'entité adjudicatrice peut soit abandonner la passation soit décider d'attribuer le marché à la soumission à retenir suivante. Celle-ci est déterminée conformément aux dispositions régissant normalement la sélection de la soumission à retenir dans le cadre de la passation concernée. La latitude laissée à l'entité adjudicatrice d'abandonner la procédure dans de tels cas vise, entre autres, à limiter les conséquences d'une collusion entre fournisseurs ou entrepreneurs. Les règlements en matière de passation des marchés, ou les règles ou orientations émanant de l'organisme public de passation des marchés ou de toute autre instance similaire, devraient aider à la prise des décisions sur la marche à suivre et traiter des mesures à prendre pour qu'il ne soit pas fait abus de la latitude conférée.

Retour d'information

44. Le retour d'information est un processus informel par lequel l'entité adjudicatrice fournit des informations, dans la plupart des cas à un fournisseur ou entrepreneur non retenu pour lui expliquer pourquoi sa soumission a été rejetée, ou, plus rarement, aux fournisseurs retenus. L'objectif général est de réduire le risque de contestation, de rendre les responsables de la passation comptables de leurs décisions et de renforcer l'efficacité du processus de passation et la qualité des soumissions futures.

45. Le retour d'information peut être fourni, sur demande ou systématiquement, aux fournisseurs ou entrepreneurs exclus lors de la préqualification ou après l'attribution, mais aussi tôt que possible. Il peut être effectué oralement (tel que lors de réunions), par écrit, ou par toute autre méthode acceptable par l'entité adjudicatrice. Même si un retour d'information oral est approprié ou nécessaire, il est important, aux fins de la bonne gouvernance, de consigner par écrit les informations fournies, qui peuvent être ensuite communiquées au fournisseur ou entrepreneur concerné (le "fournisseur demandeur").

46. Le retour d'information devrait inclure au minimum les éléments suivants:

a) L'évaluation par l'entité adjudicatrice des faiblesses ou lacunes importantes des qualifications ou de la soumission, selon le cas, du fournisseur demandeur;

b) Une comparaison entre l'évaluation indiquée à l'alinéa a) et l'évaluation par l'entité adjudicatrice des caractéristiques, du prix et d'autres éléments qualitatifs ainsi que des avantages relatifs de la soumission retenue;

c) Les qualifications, le prix global évalué et la note technique, le cas échéant, du fournisseur ou entrepreneur retenu et ceux du fournisseur demandeur, ainsi que les informations concernant la qualification de ce dernier;

d) Le classement général de tous les fournisseurs ou entrepreneurs, si l'entité adjudicatrice en a établi un durant la passation du marché; et

e) Un résumé des motifs de la décision de qualification ou de l'attribution;

f) Des réponses raisonnables aux questions pertinentes sur le respect des procédures de passation énoncées dans la sollicitation et les règlements applicables et par d'autres autorités compétentes.

47. Il est essentiel que le retour d'information n'entraîne pas une divulgation d'informations commerciales sensibles – quelle qu'en soit la source et que l'interdiction soit ou non prévue par la loi sur la passation des marchés. L'entité adjudicatrice devra donc trouver un équilibre approprié entre la fourniture d'informations utiles au fournisseur qui en a fait la demande et la protection d'informations confidentielles.

48. Un résumé du retour d'information devrait figurer dans le procès-verbal de la procédure de passation du marché. Cette démarche, qui relève de la bonne gouvernance et de la pratique administrative, peut aussi contribuer à atténuer le risque de divulgation d'informations confidentielles, qui, dans des cas extrêmes, pourrait donner lieu à une action en justice. Les questions de régularité de procédure soulevées dans les retours d'information ne sont pas très différentes de celles liées à certains recours, notamment une demande de réexamen présentée à l'entité adjudicatrice. Ces questions sont donc examinées dans l'introduction du chapitre VIII [**insérer hyperlien et vérifier que le point est couvert de manière appropriée**] [**hyperlien** vers le système d'exclusion de la Banque mondiale comme autre exemple à examiner**].

### Article 23. Publication de l'avis d'attribution du marché et de l'accord-cadre [**hyperlien**]

49. Afin de promouvoir la transparence dans la procédure de passation de marché et la responsabilité de l'entité adjudicatrice, l'article 23 exige que cette dernière publie promptement un avis d'attribution du marché ou de l'accord-cadre. Cette obligation est distincte de celle prévue à l'article 22-10 [**hyperlien**] de communiquer un avis d'attribution du marché (ou de l'accord-cadre le cas échéant) aux fournisseurs et entrepreneurs qui ont présenté des soumissions, et de celle prévue à l'article 25-2 [**hyperlien**] de communiquer à toute personne qui le demande les informations de cette nature figurant au procès-verbal. La Loi type ne précise pas comment l'avis est publié; cette question est laissée à l'État adoptant qui, comme le suggère le paragraphe 3, peut la traiter dans les règlements en matière de passation des marchés. Pour les règles minimales s'appliquant à la publication de ce type d'information, voir les indications concernant l'article 5 (aux paragraphes ... ci-dessus [**hyperlien**]), qui sont pertinentes à cet égard.

50. Afin d'éviter le coût disproportionné que cette exigence de publication pourrait entraîner pour l'entité adjudicatrice si elle s'appliquait à tous les marchés, quelle que soit leur valeur, les règlements en matière de passation des marchés fixeront une valeur monétaire en deçà de laquelle la publication ne sera pas exigée. Le paragraphe 2 exige la publication périodique, au moins une fois par an, d'un avis concernant l'ensemble de ces marchés.

51. La dérogation à l'obligation de publication visée au paragraphe 2 concerne les marchés de faible valeur attribués au titre d'un accord-cadre, mais il est peu probable qu'elle concerne les accords-cadres eux-mêmes, puisque la valeur cumulée des marchés ainsi attribués excèderait très probablement la faible valeur du seuil.

**Article 24. Confidentialité**

52. L'article 24 a pour objet de protéger les informations confidentielles de toutes les parties à la procédure de passation. Il impose différentes règles de confidentialité à différents groupes de personnes, en fonction du type d'informations concerné. Il est complété par l'article 69 [**hyperlien**], qui traite de la protection des informations confidentielles dans une procédure de contestation ou d'appel.

53. Le paragraphe 1 vise les informations que l'entité adjudicatrice n'a pas le droit de divulguer aux fournisseurs ou entrepreneurs, ni au public. Il s'agit en premier lieu d'informations qui ne doivent pas être divulguées pour protéger des intérêts essentiels de la sécurité de l'État adoptant et qui peuvent être juridiquement considérées comme des informations classifiées. Peuvent être concernés les marchés relatifs à la sécurité nationale ou destinés à la défense nationale et les marchés d'armes, de munitions ou de matériel de guerre, mais aussi des marchés pour la recherche médicale ou l'achat de vaccins lors de pandémies[9]. Voir, en outre, le commentaire relatif à la définition du terme "passation de marché mettant en jeu des informations classifiées", figurant à l'article 2 [**hyperlien**].

54. Le paragraphe 1 vise aussi les informations dont la divulgation pourrait "nuire à la concurrence loyale". Il faudrait interpréter cette formule au sens large, c'est-à-dire comme visant non seulement la procédure de passation en cours, mais aussi les procédures ultérieures. En raison du champ d'application large de la disposition et du risque d'abus, il est essentiel que l'État adoptant fixe, si ce n'est une liste exhaustive de ces informations, du moins une liste de leurs sources juridiques, dans les règlements en matière de passation des marchés. Le paragraphe 1 prévoit également que ces informations peuvent être divulguées uniquement sur ordre d'un tribunal ou d'une autre autorité (telle que l'instance indépendante visée à l'article 66 [**hyperlien**]). L'identité de tout organe investi d'un tel pouvoir doit être précisée dans la loi. La décision du tribunal ou d'un autre organe désigné déterminera la mesure dans laquelle ce type d'informations peut être divulgué et les procédures de divulgation.

55. Le paragraphe 2 traite des informations soumises par les fournisseurs ou entrepreneurs. De par leur nature, les documents visés contiennent des informations commerciales sensibles. Leur divulgation à des fournisseurs ou entrepreneurs concurrents ou à une personne non autorisée risquerait de nuire à la concurrence

---

[9] Certains spécialistes se demandent s'il convient de faire référence à "l'achat de vaccins lors de pandémies" dans ce contexte. Le Secrétariat demande des instructions à cet égard.

loyale et porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes. Une telle divulgation est par conséquent interdite de manière générale. Dans ce contexte, le terme “personne non autorisée” vise un tiers externe à l’entité adjudicatrice (y compris un membre d’une commission constituée pour examiner et évaluer les soumissions), à l’exception d’une instance de surveillance, de recours ou autre instance compétente de l’État adoptant autorisée à accéder aux informations en question. Toutefois, la Loi type reconnaît qu’il est important de divulguer certaines informations soumises – aux fournisseurs ou entrepreneurs concurrents ou au public en général – pour assurer la transparence et l’intégrité de la procédure de passation, ainsi que pour permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs d’étayer une procédure de contestation et au public d’exercer un contrôle effectif. En conséquence, le paragraphe 2 de l’article prévoit des exceptions à l’interdiction générale. Il renvoie aux exigences prévues dans les articles suivants: article 22, paragraphes 2 et 10 [**hyperlien**], pour ce qui est d’aviser les fournisseurs ou entrepreneurs ayant présenté une soumission de l’attribution envisagée du marché; article 23 [**hyperlien**], pour ce qui est d’indiquer le nom du fournisseur retenu et le prix du marché dans l’avis public d’attribution du marché; article 25 [**hyperlien**], pour ce qui est de divulguer certaines informations en permettant l’accès à certaines parties du procès-verbal et des dossiers; et article 42-3 [**hyperlien**], pour ce qui est d’annoncer certaines informations figurant dans les offres soumises lors de l’ouverture de ces dernières.

56. Alors que les paragraphes 1 et 2 sont d’application générale, le paragraphe 3 est limité aux procédures de passation visées aux articles 48-3 et 49 à 51 [**hyperlien**], qui prévoient une interaction entre l’entité adjudicatrice et des fournisseurs ou entrepreneurs. Le paragraphe 3 étend cette obligation à toutes les parties et vise toutes les informations liées à cette interaction dans le contexte de ces procédures de passation. La divulgation de ces informations n’est possible que si l’autre partie y consent, si la législation l’exige ou si le tribunal ou une autre autorité l’ordonne. L’entité adjudicatrice peut chercher à obtenir l’autorisation générale de divulguer toutes les informations soumises par les fournisseurs ou entrepreneurs, en prévoyant par exemple dans le dossier de sollicitation que la participation à la passation est subordonnée à une telle autorisation, mais cette approche peut faire l’objet d’abus et exige l’intervention d’une autre autorité. En conséquence, tout consentement donné devrait être interprété de manière restrictive, car une interprétation plus large pourrait être contraire aux paragraphes 1 ou 2 de l’article. La référence à une décision du tribunal ou d’un autre organe compétent désigné par l’État adoptant est identique à celle du paragraphe 1 de l’article. En désignant cet organe, l’État adoptant devrait par conséquent assurer la cohérence entre les paragraphes 1 et 3 de l’article.

57. Le paragraphe 4 a aussi une portée limitée, puisqu’il ne s’applique qu’à la passation de marché mettant en jeu des informations classifiées (pour ce qui est de la définition du terme “passation de marché mettant en jeu des informations classifiées”, voir l’article 2-1 et le commentaire s’y rapportant à la section ** du commentaire général [**hyperliens**]). Il prévoit que l’entité adjudicatrice peut prendre, outre les mesures de protection juridique générale visées au paragraphe 1, des mesures supplémentaires pour protéger les informations classifiées dans le cadre d’une passation de marché particulière. Ces mesures supplémentaires peuvent concerner uniquement les fournisseurs ou entrepreneurs ou être étendues à leurs sous-traitants. Elles peuvent être justifiées par le caractère sensible de l’objet du

marché ou par l'existence d'informations classifiées, même lorsque l'objet lui-même n'est pas sensible (par exemple, lorsqu'il est nécessaire d'assurer la confidentialité des informations concernant les délais ou le lieu de livraison), ou encore par les deux.

**Article 25. Procès-verbal et dossiers de la procédure de passation de marché [**hyperlien**]**

58. Cet article a pour objet de promouvoir la transparence et l'obligation de rendre des comptes en exigeant que l'entité adjudicatrice tienne un procès-verbal complet de la procédure de passation de marché et en prévoyant un accès approprié à celui-ci. Ce procès-verbal résume les principales données de la procédure, et il est essentiel qu'une fois autorisé, l'accès soit rapide pour que toute procédure de contestation engagée par des fournisseurs ou entrepreneurs soit étayée et efficace. La législation sur la passation des marchés peut ainsi disposer de son propre mécanisme pour garantir, dans la mesure du possible, son application et le contrôle de son application. En outre, l'incorporation dans cette législation de conditions strictes relatives aux procès-verbaux facilite la tâche des organes de surveillance exerçant une fonction de contrôle ou de vérification des comptes et rend les entités adjudicatrices davantage comptables.

59. L'article ne prescrit ni la forme du procès-verbal ni la manière dont il doit être tenu. Ces questions sont soumises à l'article 7, qui régit les communications dans la passation des marchés [**hyperlien**], et en particulier aux règles énoncées dans les paragraphes 1 et 4 de cet article (voir, en outre, le commentaire s'y rapportant [**hyperlien**]).

60. La liste des renseignements devant figurer dans le procès-verbal conformément au paragraphe 1 de l'article ne se veut pas exhaustive. L'alinéa w) de ce paragraphe est une disposition "fourre-tout", qui devrait garantir que toutes les décisions importantes prises au cours d'une procédure de passation et les raisons qui les expliquent sont consignées. Certaines de ces décisions, même si elles ne sont pas mentionnées au paragraphe 1 de l'article, doivent être inscrites au procès-verbal conformément à d'autres dispositions de la Loi type. Ainsi, l'article 35-3 [**hyperlien**] exige de consigner au procès-verbal la décision motivée de recourir à la sollicitation directe dans la procédure de demande de propositions. Les articles 53-2 et 59-7 exigent de consigner la décision motivée de limiter la participation aux enchères et aux accords-cadres ouverts en raison de contraintes technologiques. L'alinéa w) du paragraphe 1 renvoie également aux renseignements dont les règlements en matière de passation des marchés peuvent exiger l'inscription au procès-verbal.

61. La référence, dans le chapeau du paragraphe 1, à la tenue du procès-verbal implique également son actualisation. Les renseignements sont donc inscrits au procès-verbal dans la mesure où ils sont connus de l'entité adjudicatrice. Par exemple, dans les procédures de passation où toutes les propositions n'ont pas été finalisées par leurs auteurs ou lorsque ceux-ci se sont retirés de la procédure sans soumettre leur meilleure offre définitive, l'entité adjudicatrice devrait inclure, conformément à l'alinéa s) du paragraphe 1, un résumé de chaque soumission au stade pertinent de la procédure. La référence au prix vise à tenir compte des cas où, en particulier dans les marchés de services, les soumissions contiennent une formule permettant de déterminer le prix, mais non le prix lui-même.

62. Les obligations en matière de tenue d'un procès-verbal devraient spécifier dans quelle mesure et à qui les informations devraient être communiquées, tout en conciliant différents facteurs. Ceux-ci comprennent la divulgation intégrale comme règle générale pour promouvoir l'obligation de rendre des comptes; la nécessité de communiquer aux fournisseurs et entrepreneurs les informations dont ils ont besoin pour évaluer leur performance et envisager de former un recours le cas échéant; et la nécessité de protéger des informations confidentielles de fournisseurs et d'entrepreneurs. Au vu de ces considérations, l'article 24 prévoit deux niveaux de communication: au paragraphe 2, il impose la communication à quiconque des renseignements visés aux alinéas a) à k) du paragraphe 1 – informations de base dans l'optique de permettre à l'entité adjudicatrice de rendre des comptes au public. Au paragraphe 3, il impose la communication d'informations plus détaillées concernant la conduite de la procédure aux fournisseurs et entrepreneurs qui ont présenté une soumission, car ils ont besoin de ces informations pour suivre leur performance relative dans la procédure de passation et contrôler comment l'entité adjudicatrice applique les dispositions de la Loi type. L'entité adjudicatrice ne peut refuser de communiquer ces informations même si elle considère que cela est contraire à une concurrence loyale (par exemple en facilitant une collusion lors de passations ultérieures ou en poussant des fournisseurs à fermer). Il est toutefois recommandé que les règlements ou les orientations émanant de l'organisme public de passation des marchés ou d'une autre instance similaire exigent que l'entité adjudicatrice avise les fournisseurs ou entrepreneurs de son intention de divulguer des parties du procès-verbal les concernant: ces fournisseurs ou entrepreneurs souhaiteront peut-être contester cette décision, sur la base d'une violation de la confidentialité visée à l'article 24 [**hyperlien**], conformément aux dispositions du chapitre VIII [**hyperlien**].

63. Les fournisseurs ou entrepreneurs visés au paragraphe 3 sont limités à ceux qui ont présenté des soumissions; les autres, y compris ceux qui ont été disqualifiés, ne devraient pas avoir accès aux informations concernant l'examen et l'évaluation des soumissions. Les motifs de leur disqualification leur auront été communiqués conformément aux articles 18-10 et 49-3 e) [**hyperliens**], ce qui devrait leur donner suffisamment d'éléments pour déterminer s'ils souhaitent ou non contester leur exclusion.

64. Le paragraphe 3 autorise la divulgation de certaines parties du procès-verbal aux fournisseurs ou entrepreneurs au moment où ils ont pris connaissance de l'acceptation d'une soumission particulière (ou de l'abandon de la passation de marché) pour donner effet au droit de contestation visé à l'article 64 [**hyperlien**]. Pour que cette disposition produise ses effets, l'article 69 [**hyperlien**] permet aux fournisseurs ou entrepreneurs concernés d'accéder aux parties en question du procès-verbal. Retarder la divulgation, par exemple jusqu'à l'entrée en vigueur du marché, risque de priver les fournisseurs et entrepreneurs d'un recours réel. En conséquence, les règlements en matière de passation des marchés devraient exiger que l'entité adjudicatrice accorde rapidement l'accès à ces procès-verbaux. Ces dispositions visent aussi à tenir compte des deux manières dont les fournisseurs ou entrepreneurs concernés peuvent prendre connaissance de l'acceptation d'une soumission particulière: soit au moment où leur est notifié le délai d'attente, conformément à l'article 22-2, soit, malgré l'absence d'une telle notification, par la publication d'un avis de marché comme le prévoit l'article 23

[**hyperlien**] ou par la divulgation par la société civile, les médias ou des rapports de surveillance, etc.

65. La divulgation d'informations soit au public soit aux fournisseurs ou entrepreneurs concernés est sans préjudice de l'alinéa a) du paragraphe 4 de l'article, qui énonce les raisons autorisant l'entité adjudicatrice à ne pas divulguer des informations, et de l'alinéa b) du même paragraphe, qui énumère les informations qui ne peuvent pas être divulguées. (Voir le commentaire relatif à l'article 23 ci-dessus [**hyperlien**] sur la première raison.) Pour ce qui est de l'alinéa b) du paragraphe 4, comme mentionné dans le commentaire relatif à l'article 23 [**hyperlien**] et ci-dessus, l'un des objectifs nécessaires de ces dispositions est d'éviter la divulgation d'informations commerciales confidentielles aux fournisseurs et entrepreneurs. Cette nécessité se pose tout particulièrement pour les informations concernant l'évaluation des soumissions, car celles-ci peuvent naturellement comprendre des informations commerciales sensibles, que les fournisseurs et entrepreneurs ont un intérêt légitime à protéger. Aussi l'alinéa t) du paragraphe 1 ne mentionne-t-il qu'un résumé de l'évaluation des soumissions, alors que l'alinéa b) du paragraphe 4 restreint la divulgation d'informations plus détaillées autres que celles pouvant être communiquées dans ce résumé.

66. Le mécanisme de divulgation limitée décrit aux paragraphes 2 et 3 n'empêche pas l'application à certaines parties du procès-verbal d'autres lois de l'État adoptant qui confèrent au public un droit général d'accès aux documents officiels. Par exemple, la divulgation des informations figurant dans le procès-verbal aux organes de surveillance peut être imposée par la loi applicable de l'État adoptant.

67. Le paragraphe 5 de l'article s'inspire d'une disposition de la Convention des Nations Unies contre la corruption qui prévoit que "chaque État partie prend, conformément aux principes fondamentaux de son droit interne, les mesures civiles et administratives nécessaires pour préserver l'intégrité des livres et états comptables, états financiers ou autres documents concernant les dépenses et recettes publiques et pour en empêcher la falsification" (article 9-3 de la Convention [**hyperlien**]). L'obligation de conserver les documents relatifs à la procédure de passation de marché et les règles applicables à leur enregistrement et archivage, y compris la durée de conservation du procès-verbal et de tous les documents relatifs à la passation d'un marché particulier, devraient être énoncées dans d'autres dispositions de la législation de l'État adoptant. Si l'État adoptant estime que les règles et les directives internes applicables devraient également être conservées avec le procès-verbal et les documents relatifs à la passation d'un marché particulier, il peut prévoir cette obligation dans les règlements en matière de passation des marchés ou dans les orientations émanant de l'organisme public de passation des marchés ou d'une instance similaire.

**Article 26. Code de conduite [**hyperlien**]**

68. Cet article a pour objet de souligner la nécessité, pour les États, d'adopter un code de conduite pour les administrateurs et employés des entités adjudicatrices, qui devrait traiter des conflits d'intérêts réels ou supposés, des risques accrus d'irrégularités de la part des administrateurs ou employés des entités adjudicatrices dans ce genre de situations et des mesures visant à réduire ces risques, notamment par le biais de déclarations d'intérêts. L'adoption d'un tel code devrait être considérée comme un moyen d'appliquer certaines dispositions de la Convention

des Nations Unies contre la corruption [**hyperlien**], notamment ses articles 8 et 9 [**hyperliens**] qui concernent directement la passation des marchés publics et les mesures pour réglementer les questions touchant les personnels chargés de la passation des marchés. Les États adoptants devraient faire en sorte de combler, par le biais de ces codes de conduite, les lacunes dans la réglementation et la mise en œuvre de mesures pour une application effective des dispositions pertinentes de la Convention.

69. Suivant la tradition juridique des États adoptants, les codes de conduite peuvent être intégrés au droit administratif, au niveau soit de la législation soit de la réglementation, par exemple dans les règlements en matière de passation des marchés. Ils peuvent s'appliquer de manière générale à tous les agents publics, indépendamment du secteur économique, ou s'appliquer spécifiquement aux personnels chargés de la passation des marchés, et certains peuvent faire partie de la législation et de la réglementation des marchés. Même un code de conduite général applicable aux agents publics contiendra probablement des dispositions portant spécifiquement sur la conduite des personnels chargés de la passation des marchés. Un État adoptant qui envisage d'adopter un code de conduite, ou de moderniser un code existant, destiné à ses agents publics ou plus particulièrement aux personnels chargés de la passation des marchés, voudra peut-être consulter les documents pertinents établis par des organisations internationales, notamment l'OCDE [**hyperliens**].

70. Les dispositions de l'article 2 s'intéressent avant tout aux conflits d'intérêts dans la passation des marchés, car ceux-ci ont des incidences particulièrement négatives sur la transparence, l'objectivité et l'obligation de rendre des comptes dans la passation de marchés publics. Sans avoir la prétention d'être exhaustives, elles énumèrent quelques mesures visant à réglementer la conduite des personnels chargés de la passation des marchés dans les situations de conflits d'intérêts, telles que l'exigence d'une déclaration d'intérêt, des procédures de sélection et des exigences en matière de formation. Ces mesures sont conformes à l'article 8-5 de la Convention [**hyperlien**], qui fait référence: "[aux] mesures et [aux] systèmes faisant obligation aux agents publics de déclarer aux autorités compétentes notamment toutes activités extérieures, tout emploi, tous placements, tous avoirs et tous dons ou avantages substantiels d'où pourrait résulter un conflit d'intérêts". La Loi type ne donne que des principes généraux, car elle reconnaît qu'il serait impossible d'énoncer des règles exhaustives sur les situations de conflits d'intérêts, y compris les mesures visant à réduire le risque d'irrégularités dans ce genre de situations, chaque État ayant une façon différente de traiter la question.

71. Outre les situations de conflits d'intérêts et les mesures expressément mentionnées dans l'article pour réduire le risque d'irrégularités dans ce genre de situations, un code de conduite devrait traiter d'autres questions, notamment les préoccupations que soulève le phénomène de la "porte tournante" (agents publics demandant ou se voyant proposer un emploi dans le secteur privé auprès d'entités ou de personnes qui pourraient participer à des procédures de passation de marché). Si les dispositions ne visent pas à imposer aux États adoptants d'adopter un code de conduite régissant les relations des fournisseurs et entrepreneurs avec l'entité adjudicatrice, certaines dispositions du code de conduite, notamment celles qui traitent du phénomène de la "porte tournante", devraient indirectement fixer des

limites au comportement des entités ou personnes du secteur privé dans leurs relations avec les agents publics.

72. Les dispositions de l'article qui exigent que le code de conduite soit promptement rendu accessible au public et systématiquement tenu à jour doivent être lues conjointement avec l'article 5-1 de la Loi type [**hyperlien**], qui prévoit une obligation similaire pour les textes juridiques d'application générale. Le commentaire relatif à l'article 5-1 est par conséquent utile dans le contexte des dispositions de l'article 26 [**hyperlien**].

## A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.7 (Original: anglais)

## Note du Secrétariat concernant le Guide révisé pour l'incorporation qui accompagnera la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa vingt et unième session

ADDITIF

Le présent additif contient une proposition concernant le texte du Guide qui accompagnera le chapitre II. La première partie, qui traite des méthodes de passation de marchés et des conditions d'utilisation de ces méthodes, comprend une introduction et un commentaire sur les articles 27 et 28. La deuxième partie, qui traite de la sollicitation et des avis de passation de marché, comprend une introduction et un commentaire sur les articles 33 à 35.

# GUIDE POUR L'INCORPORATION DANS LE DROIT INTERNE DE LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LA PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS

…

## Chapitre II, première partie – Méthodes de passation des marchés

### A. Résumé analytique

1. Les méthodes et techniques présentées dans la première partie du chapitre II visent à tenir compte des diverses situations de passation de marchés pouvant se présenter dans la pratique. Elles sont censées permettre à l'entité adjudicatrice examinant la manière de conduire une procédure de passation de tenir compte des biens, travaux ou services à acquérir (l'objet du marché), de la situation du marché (le nombre de fournisseurs potentiels, le degré de concentration du marché, son caractère plus ou moins concurrentiel), d'un éventuel degré d'urgence et du niveau de technologie approprié (notamment s'il convient d'utiliser des moyens électroniques de passation).

### B. Incorporation: questions de politique générale

2. Compte tenu des différents stades de développement des systèmes de passation des marchés dans les États adoptants, la présente section du Guide traite des caractéristiques de certaines méthodes de passation qui visent à permettre un pouvoir discrétionnaire plus ou moins grand, ainsi que des moyens et de l'infrastructure nécessaires à leur bonne application. L'objectif est de permettre aux États adoptants de décider si chacune de ces méthodes est adaptée ou non à leur

situation, en renvoyant également aux questions soulevées dans le commentaire sur l'application et l'utilisation à la section suivante [**hyperlien**].

3. La Loi type exige que l'appel d'offres ouvert soit prévu dans la législation, comme l'explique le commentaire de l'article 27 [**hyperlien**]. Lorsqu'ils décident quelles autres méthodes retenir, les États adoptants devraient prévoir suffisamment de possibilités en tenant compte des situations normales dans lesquelles ils passent des marchés. Ils devraient au moins prévoir (outre l'appel d'offres ouvert) une méthode pouvant être utilisée pour la passation de marchés simples et de faible valeur, une méthode pouvant être utilisée en cas de catastrophe et dans d'autres situations d'urgence et une méthode pouvant servir pour les marchés plus spécialisés ou complexes.

4. Ces autres méthodes de passation sont censées permettre l'acquisition de divers articles et services, allant d'articles standard à des produits très complexes, pour lesquels l'appel d'offres ouvert peut ne pas convenir. Certaines sont des méthodes avec appel d'offres (appel d'offres restreint, appel d'offres en deux étapes et accords-cadres ouverts dans le contexte d'autres méthodes de passation) exigeant une description de l'objet du marché fondée sur des spécifications techniques et dans lesquelles l'entité adjudicatrice conserve le contrôle et la responsabilité de la solution technique. D'autres sont des méthodes avec demande de propositions (demande de propositions sans négociation, demande de propositions avec dialogue et demande de propositions avec négociations consécutives) par lesquelles l'entité adjudicatrice demande aux fournisseurs ou entrepreneurs de proposer des solutions répondant à ses besoins, décrits comme des exigences et normes techniques minimales. Dans ces méthodes, il appartient aux fournisseurs ou entrepreneurs de s'assurer que leurs solutions répondent effectivement aux besoins de l'entité adjudicatrice. D'autres méthodes encore sont moins structurées ou plus souples (demande de prix, négociations avec appel à la concurrence et sollicitation d'une source unique) en raison des situations particulières dans lesquelles elles peuvent être utilisées (marché de très faible valeur, catastrophe, situation d'urgence, etc.), qui ne se prêtent guère à des méthodes plus structurées et plus réglementées.

5. L'ensemble des méthodes et techniques disponibles peuvent être considérées comme une panoplie où l'entité adjudicatrice doit choisir l'outil convenant le mieux à la passation envisagée. Il est toutefois admis que les conditions d'utilisation et les fonctionnalités de certaines méthodes se chevaucheront, ainsi qu'il est expliqué plus en détail dans le commentaire de l'article 27 ci-après [**hyperlien**]. Par exemple, lorsque les conditions d'utilisation de l'appel d'offres restreint visé à l'article 28-1 b) s'appliquent en raison de la faible valeur ou de la simplicité de l'objet du marché, une méthode de passation prévue pour les marchés de faible valeur ou les marchés simples, telle que la demande de prix ou les enchères électroniques inversées, peut également être envisageable et indiquée [**hyperliens**]. Les États adoptants sont invités à examiner dans quelle mesure il convient d'adopter des méthodes de passation pouvant faire double emploi compte tenu de leur situation car plus ils prévoient de méthodes, plus le processus décisionnel est complexe.

6. Pour cette raison, si l'État adoptant introduit pour la première fois une législation sur la passation des marchés, il serait peut-être judicieux que son système comporte moins de méthodes que l'éventail complet prévu dans la Loi type. On peut également considérer que les méthodes adoptées doivent comprendre des méthodes

fondées sur l'appel d'offres pour tous les types de marchés autres que ceux concernant des situations d'urgence et des articles de très faible valeur (pour lesquels des méthodes moins structurées ou moins réglementées sont présentées dans la Loi type); les capacités acquises dans l'utilisation de ces procédures permettront d'introduire ultérieurement d'autres méthodes, notamment des procédures de demande de propositions avec négociations ou avec dialogue.

7. Étant donné que certaines méthodes peuvent être considérées comme plus exposées que d'autres aux abus et à la corruption ou nécessitent des moyens plus importants pour bien fonctionner, les commentaires ci-après concernant chaque méthode [**hyperliens**] visent à aider les États adoptants à déterminer quelles méthodes conviennent à leur système juridique, à souligner les questions pouvant découler de leur utilisation et les problèmes de capacité pouvant se poser, et à servir de référence à ceux qui rédigent la réglementation et les orientations.

8. Dans le passé, les règlements de certaines banques multilatérales de développement ne prévoyaient pas de méthodes de passation de marchés telles que la demande de propositions avec dialogue ou avec négociations consécutives envisagées dans la Loi type. Ces banques n'ont inclus des méthodes de passation semblables à la demande de propositions sans négociation ou avec négociations consécutives envisagées dans la Loi type, que pour la passation de marchés à caractère consultatif, tels que les services de conseil, les services juridiques et de conception. La situation pouvant évoluer, les entités qui pourraient emprunter auprès de ces banques devraient vérifier en temps opportun quelles sont leurs politiques en matière de passation des marchés publics.

9. Toutefois, la Commission a décidé de ne pas fonder le choix de la méthode de passation sur la nature de l'objet du marché (biens, travaux ou services) mais bien sur la nécessité de prendre en compte les circonstances de la passation concernée et d'assurer la plus grande concurrence possible (voir art. 27-2 [**hyperlien**]) (pour le commentaire correspondant, voir par. ** ci-dessous). Notant que la Loi type devrait tenir compte du fait que les politiques et les pratiques évoluent avec le temps, elle a rédigé ses dispositions de manière souple, en conciliant les besoins des emprunteurs, l'évolution constante des méthodes de passation de marchés et le développement des capacités.

10. Enfin, les États adoptants voudront examiner si les accords internationaux auxquels ils sont parties ou les conditions fixées par les donateurs exigent d'adapter les conditions d'utilisation ainsi que l'utilisation des méthodes de passation prévues dans la Loi type, comme on le verra en particulier dans le commentaire relatif aux méthodes de passation fondées sur la demande de propositions.

## C. Questions d'application et d'utilisation

11. Lorsqu'ils déterminent quelles méthodes de passation des marchés incorporer dans leur droit interne, les États adoptants devraient examiner en particulier si l'entité adjudicatrice possède le jugement et l'expérience nécessaires pour choisir celle qui convient parmi les différentes méthodes possibles et l'utiliser efficacement. On trouvera de plus amples indications sur le choix entre les différentes méthodes de passation, soulignant pour chacune les questions de

capacité, dans le commentaire sur l'article 27 plus bas et dans le commentaire accompagnant chaque méthode de passation ci-après [**hyperliens**].

12. Si les États adoptants considèrent qu'il leur serait utile de renforcer leurs capacités afin d'améliorer la qualité de leurs décisions sur ces questions, les règlements et indications devraient préciser en particulier comment sélectionner la méthode appropriée lorsque les conditions d'utilisation de plusieurs méthodes ou techniques s'appliquent. Les États adoptants envisageront donc peut-être d'établir une classification des méthodes de passation accompagnée d'indications sur le choix de la méthode appropriée selon les circonstances.

13. La note de bas de page accompagnant l'article 27 [**hyperlien**] prévoit également que "[l]es États peuvent décider d'exiger, pour certaines méthodes de passation de marchés, l'approbation extérieure d'une autorité désignée". Les questions liées à l'inclusion d'un tel mécanisme *ex ante* est examinée à la section ** des remarques générales [**hyperliens**][1].

## D. Commentaires par article

### Article 27. Méthodes de passation des marchés [**hyperlien**]

14. L'article 27 [**hyperlien**] énumère toutes les méthodes et techniques prévues dans la Loi type pour mener des procédures de passation de marchés. Ces méthodes sont énumérées au paragraphe 1.

15. L'article 27 [**hyperlien**] contient une note de bas de page indiquant aux États adoptants qu'ils "pourront choisir de ne pas incorporer dans leur législation toutes les méthodes de passation de marchés énumérées dans le présent article," et qu'"il faudrait toujours prévoir suffisamment d'options, dont l'appel d'offres ouvert". En d'autres termes, les États adoptants devraient toujours prévoir l'appel d'offres ouvert, que la Loi type considère comme la méthode de premier recours (ou méthode par défaut), parce que les procédures s'y rattachant contribuent le plus à la réalisation des objectifs de la Loi type, en appliquant les principes de concurrence, d'objectivité et de transparence (ce point est examiné plus avant dans...). L'entité adjudicatrice doit donc utiliser cette méthode à moins que d'autres méthodes de passation (que l'appel d'offres ouvert) ne se justifient. Ainsi qu'il est expliqué plus en détail dans le commentaire de l'article 28 [**hyperlien**], le principal moyen de justifier le recours à d'autres méthodes est de satisfaire aux conditions d'utilisation de celles-ci.

---

[1] Note au Groupe de travail: Le chapitre du Guide qui traite des modifications par rapport à la Loi type de 1994 expliquera que la première partie de la note de bas de page figurait également dans la Loi type de 1994 et que les dispositions de celle-ci sur les conditions d'utilisation incluaient pour chaque méthode de passation autre que l'appel d'offres le libellé suivant, que les États pouvaient envisager d'adopter: "Sous réserve d'approbation par ... (l'État adoptant la Loi type spécifie l'organe habilité à donner ladite approbation)". Dans le chapitre traitant des modifications par rapport à la Loi type de 1994, il sera noté que la Commission a décidé de retirer ce libellé facultatif des dispositions individuelles relatives aux conditions d'utilisation des différentes méthodes dans la Loi type de 2011 et de traiter la question de manière plus générale dans la note accompagnant l'article 26. Toutefois, un renvoi sera fait au commentaire général sur le mécanisme d'approbation *ex ante*, qui pourrait être inclus ici comme une garantie supplémentaire.

16. Bien qu'elles apparaissent au paragraphe 1 i) en tant que méthode autonome, les enchères électroniques inversées peuvent également être utilisées comme une technique (comme les accords-cadres mentionnés au paragraphe 2) en tant qu'étape finale précédant l'attribution du marché dans toute méthode de passation énumérée au paragraphe 1, ainsi que pour l'attribution de marchés au titre d'un accord-cadre.

17. Le paragraphe 2 mentionne la procédure d'accord-cadre. Celle-ci n'est pas une méthode de passation en soi mais une technique de passation des marchés consistant à attribuer un accord-cadre en recourant aux méthodes de passation énumérées au paragraphe 1, ou en concluant un accord-cadre ouvert, puis à passer des commandes sur la base de l'accord-cadre ainsi attribué.

**Article 28. Règles générales applicables au choix d'une méthode de passation de marché [**hyperlien**]**

18. L'article 28 [**hyperlien**] a pour objet de guider l'entité adjudicatrice dans son choix de la méthode adaptée aux circonstances d'une passation de marché déterminée.

19. Le paragraphe 1 pose la règle fondamentale selon laquelle l'appel d'offres ouvert est la méthode de passation par défaut. Son utilisation n'est soumise à aucune condition, elle peut toujours être utilisée. L'appel d'offres ouvert étant la méthode par défaut, l'utilisation de toute autre méthode de passation doit être justifiée, ce qui suppose un examen du respect des conditions d'utilisation de cette autre méthode. Le paragraphe 1 énonce donc la règle générale selon laquelle les autres méthodes ne peuvent être utilisées que si les conditions d'utilisation visées aux articles 29 à 31 de la Loi type [**hyperlien**] le permettent. L'entité adjudicatrice n'a donc pas toute latitude pour choisir à son gré une méthode autre que l'appel d'offres ouvert. Elle est tenue, dans un premier temps, d'examiner si cette autre méthode peut être utilisée dans les circonstances de la passation envisagée. Les conditions d'utilisation contiennent des garanties en particulier contre toute utilisation abusive de méthodes de passation moins structurées et moins réglementées dans le but d'éviter l'appel d'offres ouvert ou d'autres méthodes de passation qui supposent certes des procédures plus longues mais offrent plus de transparence, d'objectivité et de concurrence.

20. Ainsi qu'il est noté plus haut, les conditions d'utilisation visent à prendre en compte les circonstances différentes fréquemment rencontrées pouvant justifier le recours à l'une ou l'autre des autres méthodes de passation. Par exemple, une des conditions justifiant l'utilisation de l'appel d'offres restreint (article 29-1 a)) [**hyperlien**] porte sur l'acquisition de produits extrêmement complexes disponibles auprès d'un nombre limité de fournisseurs. Lorsqu'il est impossible ou malaisé de formuler une description complète (contenant les spécifications techniques) de l'objet du marché au début de la procédure de passation, un appel d'offres en deux étapes ou une demande de propositions avec dialogue peut être plus indiquée. Lorsque les aspects qualitatifs sont très importants (ce qui est fréquent dans le cas de marchés de services non quantifiables à caractère intellectuel), la demande de propositions sans négociations ou avec négociations consécutives peut être utilisée. Les négociations avec appel à la concurrence sont destinées à la passation de marchés faisant intervenir des questions de sécurité nationale ou caractérisés par une situation d'urgence, alors que la sollicitation d'une source unique ne peut se justifier que par les motifs objectifs énumérés (hormis les

situations d'urgence, il s'agit notamment des cas où dans un secteur déterminé, un seul fournisseur est en mesure de satisfaire les besoins de l'entité adjudicatrice).

21. On trouvera [au/dans...] un commentaire, assorti dans chaque cas d'explications, sur les conditions d'utilisation de chacune des méthodes de passation de marchés autres que l'appel d'offres ouvert prévues dans la Loi type. On trouvera également dans ce commentaire un examen de certaines des circonstances particulières dans lesquelles chaque méthode peut être utilisée et des précisions sur les procédures s'y rattachant (lesquelles peuvent influer sur le choix de la méthode). Les conditions d'utilisation indiquent si telle ou telle méthode ou technique de passation peut être utilisée pour une procédure déterminée mais ne répondent pas à elles seules à la question de savoir si la méthode convient effectivement pour la procédure en question.

22. La principale raison pour laquelle les conditions d'utilisation ne fournissent pas d'indications complètes sur le choix de la méthode de passation à utiliser est que les conditions d'utilisation de plusieurs méthodes peuvent s'appliquer à une situation donnée (en plus de l'appel d'offres ouvert, auquel il est toujours possible de recourir). Seul un examen de l'ensemble des circonstances de la passation permet de déterminer quelle est la méthode appropriée ou la plus appropriée. C'est ce qui ressort du paragraphe 2 de l'article, qui exige que l'autre méthode choisie par l'entité adjudicatrice soit adaptée aux circonstances de la passation concernée. Ces circonstances varieront selon la passation et, comme il est indiqué plus haut dans le commentaire de l'article 27 [**hyperlien**], l'entité adjudicatrice devra posséder une connaissance, une expérience et des compétences professionnelles suffisantes pour choisir la méthode la plus adaptée aux circonstances de la passation envisagée.

23. Par exemple, pour décider si elle doit recourir à l'appel d'offres ouvert, à l'appel d'offres en deux étapes ou à la demande de propositions avec dialogue, l'entité adjudicatrice doit déterminer si elle souhaite garder le contrôle de la solution technique lorsque l'objet du marché est relativement complexe. Si elle souhaite conserver un tel contrôle mais également préciser la description et les spécifications techniques communiquées au début de la procédure pour obtenir la meilleure solution en discutant avec les fournisseurs, l'appel d'offres en deux étapes conviendra probablement mieux qu'un appel d'offres ouvert. (La procédure d'appel d'offres en deux étapes peut également être précédée d'une consultation permettant l'élaboration d'une description et de spécifications techniques initiales.) Si l'entité adjudicatrice ne peut conserver un tel contrôle ou considère qu'il n'est pas souhaitable de le faire, la demande de propositions avec dialogue conviendra. On considère généralement que la mise en œuvre de la demande de propositions avec dialogue, pour laquelle l'entité adjudicatrice doit pouvoir évaluer et vérifier différentes solutions et engager un dialogue sur les conditions techniques et commerciales, notamment le prix, exige davantage de moyens que celle de l'appel d'offres en deux étapes.

24. Le paragraphe 2 de l'article exige en outre de l'entité adjudicatrice qu'elle "s'efforce d'assurer la plus grande concurrence possible" lorsqu'elle choisit la méthode de passation. Dans ce contexte, la concurrence signifie que l'entité adjudicatrice doit premièrement privilégier la sollicitation ouverte afin d'avoir le plus grand nombre possible de fournisseurs participants et deuxièmement éviter que la procédure ne limite le nombre de participants au point où ils ne sont plus

suffisamment nombreux pour se faire effectivement concurrence (et ne pas se livrer à des pratiques collusives).

25. L'obligation d'assurer la plus grande concurrence possible déterminera quelle est la méthode la plus appropriée parmi celles pouvant être utilisées dans certaines situations. Par exemple, dans les situations d'urgence suivant une catastrophe naturelle ou autre, la Loi type prévoit deux méthodes: les négociations avec appel à la concurrence et la sollicitation d'une source unique. Les conditions d'utilisation de ces méthodes sont pratiquement identiques: elles exigent respectivement que l'objet du marché soit nécessaire "d'urgence" ou "d'extrême urgence" en raison d'une catastrophe, sous réserve, dans les deux cas qu'il ne soit pas réaliste de recourir à une procédure d'appel d'offres ouvert ou à d'autres méthodes de passation en raison du temps que cela prendrait. On considère certes que par rapport aux autres méthodes de passation, les négociations avec appel à la concurrence et la sollicitation d'une source unique réduisent la concurrence (ainsi que l'objectivité et la transparence) mais il est clair que la concurrence existe jusqu'à un certain point dans les négociations avec appel à la concurrence et qu'elle fait essentiellement défaut dans la sollicitation d'une source unique. C'est pourquoi le recours à la sollicitation d'une source unique ne se justifie que dans les cas d'extrême urgence, notamment pour faire face aux besoins apparaissant immédiatement après la catastrophe (par exemple, eau potable, aide alimentaire d'urgence, abris de fortune ou besoins médicaux immédiats). D'autres besoins toujours directement liés à la catastrophe peuvent laisser suffisamment de temps pour recourir aux négociations avec appel à la concurrence plutôt qu'à la sollicitation d'une source unique (et plus on avance dans le temps, moins il est probable que l'une de ces deux méthodes soit utilisée, puisqu'on aura suffisamment de temps pour envisager d'autres méthodes). Le commentaire sur ces deux méthodes traite de cette question ainsi que d'autres mesures pouvant être prises pour limiter les risques qu'elles présentent; le commentaire sur les accords-cadres décrit également l'utilisation de cette technique comme moyen de préparation aux situations d'urgence.

26. Le paragraphe 3 de l'article insiste sur la nécessité de justifier l'utilisation de méthodes de passation de marchés autres que l'appel d'offres ouvert en exigeant que l'exposé des raisons et circonstances de ce choix soit versé au procès-verbal de la passation de marché. Cette exigence figure également à l'article 25-1 e) [**hyperlien**]. La tenue de ce procès-verbal est d'une importance capitale car elle permet de conserver une trace des décisions concernées et, le cas échéant, de procéder à leur contrôle.

**Articles 29 à 32. Conditions d'utilisation des méthodes de passation de marchés**

27. Le commentaire sur les conditions d'utilisation de chaque méthode de passation de marchés figure dans le commentaire relatif aux procédures de chacune d'entre elles. Il se présente donc comme suit:

a) Appel d'offres ouvert [**hyperlien**];

b) Appel d'offres restreint [**hyperlien**];

c) Demande de prix [**hyperlien**];

d) Demande de propositions sans négociation [**hyperlien**];

e) Appel d'offres en deux étapes [**hyperlien**];

f) Demande de propositions avec dialogue [**hyperlien**];

g) Demande de propositions avec négociations consécutives [**hyperlien**];

h) Négociations avec appel à la concurrence [**hyperlien**];

i) Enchère électronique inversée [**hyperlien**];

j) Sollicitation d'une source unique [**hyperlien**]; et

k) Accords-cadres [**hyperlien**].

## CHAPITRE II, deuxième partie – Sollicitation et avis de passation de marché

### Résumé analytique

28. La section II du chapitre II, qui comprend les articles 33 à 35 de la Loi type, établit les règles qui régissent la sollicitation pour chacune des méthodes de passation de marchés prévues dans la Loi type. Celle-ci dispose que la sollicitation publique et sans restriction constitue la règle générale. Cette sollicitation est requise dans l'appel d'offres ouvert (chapitre III), l'appel d'offres en deux étapes (article 48), l'enchère électronique inversée (chapitre VI) et l'accord-cadre ouvert (chapitre VII). Elle est également la règle par défaut dans les méthodes de passation avec demande de propositions (articles 47, 49 et 50). Dans d'autres méthodes de passation de marchés, à savoir l'appel d'offres restreint (article 45), la demande de prix (article 46), les négociations avec appel à la concurrence (article 51) et la sollicitation d'une source unique (article 52), la sollicitation directe, qui pose la question de l'envoi d'une invitation à participer à des fournisseurs et entrepreneurs identifiés par l'entité adjudicatrice, est une caractéristique intrinsèque. Le commentaire relatif à chacune de ces méthodes prévoit cependant des garanties visant à assurer une participation et une concurrence effectives dans de telles passations.

### Considérations de politique générale liées à l'incorporation et questions touchant l'application et l'utilisation des dispositions sur la sollicitation

29. Les questions touchant l'application et l'utilisation des dispositions sur la sollicitation sont étroitement liées aux questions de politique générale concernées, puisque la principale condition d'une application et d'une utilisation efficace est une explication claire et détaillée des questions de politique générale et de la manière dont celles-ci délimitent le pouvoir discrétionnaire intervenant dans la prise de décisions concernant la sollicitation. Pour cette raison, ces questions sont examinées ensemble dans la présente section.

30. La règle par défaut dans la Loi type est la sollicitation publique et sans restriction, qui suppose la publication d'une invitation à participer à la passation de marché, l'envoi du dossier de sollicitation à tous ceux qui répondent à l'avis et

l'examen complet des qualifications et soumissions des fournisseurs et entrepreneurs présentant des offres ou autres propositions.

31. Aux fins de la promotion de la transparence et de la concurrence, la première caractéristique de la sollicitation publique et sans restriction (voir, par exemple, le paragraphe 1 de l'article 33 [**hyperlien**]) est l'énoncé des procédures minimales de publicité à appliquer pour solliciter des offres ou d'autres soumissions d'un public suffisamment large et assurer ainsi une concurrence effective. Ces procédures exigent que l'invitation à soumettre une offre ou à présenter d'autres soumissions paraisse dans une publication désignée dans les règlements en matière de passation de marchés. La publication doit être désignée par les règlements et non par la Loi type d'une part pour permettre une certaine souplesse si les procédures d'un État adoptant viennent à changer et d'autre part pour assurer la neutralité technologique en évitant toute référence à un média particulier, comme il est expliqué plus en détail dans le commentaire concernant l'article 18 sur la préqualification et l'article 33 susmentionné [**hyperliens**]. L'inclusion de ces procédures dans la législation sur la passation des marchés permet aux fournisseurs et entrepreneurs intéressés de savoir à la simple lecture de cette législation quelles publications ils peuvent suivre pour s'informer des possibilités de marchés dans l'État adoptant. La Loi type ne régit ni les moyens de publication ni le choix des médias, laissés à la décision de l'État adoptant. La publication peut se faire sur papier, par voie électronique ou des deux manières, comme indiqué dans le commentaire relatif à l'article 5 [**hyperlien**].

32. Étant donné que l'objectif de la Loi type est de favoriser et d'encourager la participation internationale aux procédures de passation, la deuxième caractéristique de la sollicitation publique et sans restriction est que l'invitation est également publiée dans des médias diffusés internationalement. Ces procédures visent à garantir que l'invitation soit publiée de telle manière qu'elle sera reçue et comprise par une communauté internationale de fournisseurs et d'entrepreneurs. À cet égard, rien n'exige que l'invitation soit publiée dans une langue en particulier, mais les dispositions prévoient implicitement qu'elle doit être publiée dans une langue la rendant accessible à l'ensemble des fournisseurs ou entrepreneurs potentiels dans le contexte de la passation de marché en question. Toutefois, comme il est indiqué dans le commentaire relatif à l'article 13 [**hyperlien**], certaines banques multilatérales de développement exigent que l'invitation soit publiée dans une langue d'usage courant dans le commerce international, ce qui peut en pratique supposer l'usage de l'anglais. Les États adoptants voudront peut-être examiner dans quelle mesure il convient de respecter les conditions de ces banques lorsqu'ils adoptent les dispositions sur la sollicitation. Par ailleurs, on a estimé que des dispositions similaires sur la langue de publication des informations liées à la passation de marché dans l'Accord sur les marchés publics de l'Organisation mondiale du commerce constituaient une garantie importante s'agissant d'assurer la transparence et la concurrence.

33. Cette règle générale comporte néanmoins des exceptions. La première concerne les cas où l'entité adjudicatrice passe un marché national et la seconde les marchés de faible valeur dont l'entité adjudicatrice estime qu'ils ne susciteront probablement pas l'intérêt de fournisseurs ou entrepreneurs étrangers. Dans de tels cas, l'entité adjudicatrice peut recourir à la sollicitation internationale mais n'y est pas tenue. Toutefois, si des fournisseurs ou entrepreneurs étrangers souhaitent

participer (par exemple, s'ils ont vu une annonce sur Internet), ils doivent y être autorisés.

34. La première exception – passation d'un marché national – n'est possible, aux termes de l'article 8 de la Loi type [**hyperlien**], que pour des motifs spécifiés dans les règlements en matière de passation des marchés ou dans d'autres dispositions de la législation de l'État adoptant (voir également le commentaire sur cet article [**hyperlien**]). La seconde exception – passation de marchés de faible valeur – repose en grande partie sur le jugement de l'entité adjudicatrice. Voir également le commentaire concernant l'article 18 sur la préqualification et l'article 33 susmentionné [**hyperliens**].

35. Les règles de publication énoncées par la Loi type sont des règles minimales. Les règlements en matière de passation des marchés peuvent exiger en outre que les entités adjudicatrices publient l'invitation à soumettre une offre par des moyens supplémentaires permettant au plus grand nombre de fournisseurs et d'entrepreneurs de prendre connaissance de la procédure de passation du marché. Il peut s'agir par exemple de publier l'invitation sur des panneaux d'affichage officiels, de l'insérer dans un bulletin des marchés ou de l'envoyer aux chambres de commerce, aux missions commerciales étrangères présentes dans le pays et aux missions commerciales de celui-ci à l'étranger. Si l'entité adjudicatrice utilise des moyens de publication et de communication électroniques, elle peut inclure dans l'invitation un lien Web vers le dossier de sollicitation, approche qui s'avère avantageuse en termes tant d'efficacité que de transparence.

36. L'exigence d'une sollicitation publique et sans restriction ne s'applique pas à la préqualification mais ce n'est qu'un détail technique, puisque l'article 18 sur la préqualification reproduit cette exigence au plus près (voir plus bas le commentaire sur l'article 18 [**hyperlien**]). Toutefois, lorsqu'il y a eu une procédure de préqualification, la sollicitation se déroule de manière différente: l'invitation à soumettre une offre ou à présenter des soumissions suit cette procédure et n'est communiquée qu'aux fournisseurs ou entrepreneurs préqualifiés, conformément aux dispositions de l'article 18 [**hyperlien**]. On assure donc une large diffusion internationale auprès des fournisseurs et entrepreneurs potentiellement intéressés également en cas de procédure de préqualification, comme en cas de sollicitation publique et sans restriction.

37. La Loi type prévoit également une sollicitation directe dans plusieurs méthodes de passation de marchés: lorsque l'objet du marché, de par sa nature hautement complexe ou spécialisée, n'est disponible qu'auprès d'un nombre limité de fournisseurs ou d'entrepreneurs (appel d'offres restreint et demande de propositions, en vertu des articles 34-1 a) et 35-2 a) respectivement [**hyperliens**]); lorsque le temps qu'il faudrait passer et les frais qu'il faudrait engager pour examiner et évaluer un grand nombre d'offres ou d'autres soumissions seraient disproportionnés par rapport à la valeur du marché (appel d'offres restreint et demande de propositions, articles 34-1 a) et 35-2 b) respectivement [**hyperliens**]); dans une procédure de demande de propositions mettant en jeu des informations classifiées (article 34-2 c) [**hyperlien**]); dans une demande de prix (article 34-2 [**hyperlien**]); dans le cas de négociations avec appel à la concurrence (article 34-3 [**hyperlien**]) et dans le cas de la sollicitation d'une source unique (article 34-4 [**hyperlien**]). Dans tous les cas sauf la demande de prix, les négociations avec appel à la concurrence et la sollicitation d'une source

unique en situation d'urgence, la sollicitation directe doit être précédée d'un avis préalable de passation de marché, comme expliqué dans la section qui suit, afin d'apporter de la transparence au processus.

38. La sollicitation directe allant à l'encontre des objectifs de la Loi type – favoriser et encourager la libre participation des fournisseurs et des entrepreneurs aux procédures de passation des marchés et promouvoir la concurrence entre eux –, celle-ci exige que l'entité adjudicatrice indique dans le procès-verbal de la procédure de passation de marché les raisons et circonstances sur lesquelles elle s'est fondée pour justifier le recours à la sollicitation directe dans la procédure de demande de propositions (voir, par exemple, l'article 35-3 [**hyperlien**]). Avec l'exigence de l'avis préalable de passation de marché, examinée dans la section ci-après, cette disposition vise à accroître la transparence et la responsabilité lorsque la sollicitation directe est utilisée[2]. Lorsque la passation concerne un marché concentré ou qu'elle est répétitive, il convient d'évaluer la probabilité de collusion et d'en prendre note avant de décider de recourir à la sollicitation directe (c'est-à-dire en début de procédure), en gardant néanmoins à l'esprit que la concurrence peut être acharnée même sur des marchés très concentrés lorsque les participants se connaissent.

Avis préalable de passation de marché

39. Les articles 34-5 et 35-4 [**hyperliens**] visent à promouvoir la transparence et la responsabilité en ce qui concerne la décision de recourir aux méthodes de passation de marchés visées au paragraphe [10] ci-dessus en exigeant qu'un avis de passation de marché soit publié dans un média que l'État spécifie dans sa législation sur la passation de marchés. Est également pertinente à cet égard la règle énoncée à l'article 28-3 (qui est d'application générale) [**hyperlien**], lue conjointement avec les dispositions de l'article 25-1 e) [**hyperlien**], qui impose à l'entité adjudicatrice de verser au procès-verbal de la procédure de passation de marché un exposé des raisons et circonstances sur lesquelles elle s'est fondée pour justifier le choix de la méthode de passation concernée.

40. Ces dispositions prescrivent la publication d'un avis avant la sollicitation directe. Cet avis diffère donc de l'avis d'attribution de marché ou d'accord-cadre qui doit être publié en vertu de l'article 23 de la Loi type [**hyperlien**]. En incluant dans la législation sur la passation de marchés les procédures décrites dans ces articles, on permet aux fournisseurs et entrepreneurs intéressés d'identifier à la seule lecture de cette loi les publications qu'ils doivent suivre pour se tenir informés des possibilités de marchés dans l'État adoptant et des modalités de la passation. La Loi type ne régit ni les moyens de publication ni le choix des médias, laissés à la décision de l'État adoptant. La publication peut se faire sur papier, par voie électronique ou des deux manières. Dans ce contexte, les considérations émises [**dans la section/aux paragraphes**] [**] ci-dessus dans les orientations concernant l'article 5 sont pertinentes.

41. Les informations à publier constituent le minimum requis pour permettre au public d'exercer un contrôle effectif et aux fournisseurs ou entrepreneurs de former

---

[2] Note à l'intention du Groupe de travail et de la Commission: Ce paragraphe figurait précédemment dans le commentaire sur la sollicitation dans les méthodes de demande de propositions.

un éventuel recours en application du chapitre VIII de la Loi type [**hyperlien**]. En particulier, le choix de la méthode de passation de marché peut être contesté par tout fournisseur ou entrepreneur lésé si, par exemple, la sollicitation d'une source unique ou l'appel d'offres restreint ont été retenus au motif qu'un fournisseur ou un petit groupe de fournisseurs pouvaient fournir l'objet du marché. Tout autre fournisseur ou entrepreneur pouvant fournir l'objet du marché peut contester le choix de la méthode de passation en se fondant sur les informations figurant dans l'avis de passation de marché. En vertu du chapitre VIII, il pourra le faire avant la date limite de soumission des offres et la procédure de passation de marché pourrait alors être suspendue. Comme il est indiqué dans le commentaire du chapitre VIII, afin d'éviter les recours abusifs pouvant être extrêmement néfastes lorsqu'ils sont introduits en dernière minute, le fournisseur ou entrepreneur doit démontrer que ses intérêts ont été affectés ou ont pu l'être au moment considéré: il peut par exemple être amené à démontrer qu'il avait réellement l'intention de participer dans les circonstances décrites ci-dessus (par exemple, en soumettant un projet d'offre ou autre proposition).

42. L'exigence de l'avis préalable de passation de marché dans le cas de l'appel d'offres restreint, de la demande de proposition, de négociations avec appel à la concurrence et de la sollicitation d'une source unique est essentielle pour ce qui est de lutter contre la corruption et d'assurer la transparence. Avec les dispositions du chapitre VIII, elle permet aux fournisseurs ou entrepreneurs lésés de demander réparation dès le début de la procédure de passation plutôt qu'à la fin, lorsqu'une réparation peut ne plus être possible ou s'avérer coûteuse pour le public, les possibilités de recours étant donc limitées.

43. L'exigence de la publication d'un avis préalable de passation de marché ne s'applique pas à la procédure de demande de prix, étant donné que les conditions d'utilisation de cette méthode, très restrictives, limiteront toute utilisation excessive ou abusive. Elle ne s'applique pas non plus aux négociations avec appel à la concurrence ni à la sollicitation d'une source unique lorsque ces méthodes sont utilisées dans des situations d'urgence ou d'extrême urgence dues à des événements catastrophiques (par exemple, dans les conditions d'utilisation de ces méthodes de passation visées aux articles 30-4 b) et 30-5 b)). Dans une situation normale où l'avis préalable est en principe exigé, une exemption peut toutefois s'appliquer en vertu de l'article 24 (confidentialité), en particulier dans le cas d'une passation de marché mettant en jeu des informations classifiées. (Pour des indications sur les dispositions pertinentes de la Loi type concernant la confidentialité et la passation de marché mettant en jeu des informations classifiées, voir [**la section/les paragraphes**] [**] du commentaire général ci-dessus [**hyperlien**]; pour les questions touchant la conformité et les sanctions, voir [**les sections/les paragraphes** ci-dessus] [**hyperlien**].)

**Articles 33 à 35: Sollicitation dans chaque méthode de passation de marchés**

44. Le commentaire sur les questions particulières qui se posent concernant la sollicitation dans chaque méthode de passation figure dans le commentaire introductif de chaque chapitre et le commentaire sur la procédure de chaque méthode de passation.

45. Le commentaire se présente comme suit:

a) Appel d'offres ouvert [**hyperlien**];

b) Appel d'offres restreint [**hyperlien**];

c) Demande de prix [**hyperlien**];

d) Demande de propositions sans négociation [**hyperlien**];

e) Appel d'offres en deux étapes [**hyperlien**];

f) Demande de propositions avec dialogue [**hyperlien**];

g) Demande de propositions avec négociations consécutives [**hyperlien**];

h) Négociations avec appel à la concurrence [**hyperlien**];

i) Enchère électronique inversée [**hyperlien**];

j) Sollicitation d'une source unique [**hyperlien**]; et

k) Accords-cadres [**hyperlien**].

## A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.8 (Original: anglais)

## Note du Secrétariat concernant le Guide révisé pour l'incorporation qui accompagnera la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa vingt et unième session

ADDITIF

Le présent additif contient une proposition concernant le texte du Guide qui accompagnera le chapitre III (Appel d'offres ouvert) de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics et se compose d'une introduction et d'un commentaire des articles 36 à 44 ainsi que d'articles connexes du Chapitre II (article 33).

# GUIDE POUR L'INCORPORATION DANS LE DROIT INTERNE DE LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LA PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS

…

## Deuxième partie. Commentaire par article

…

## Chapitre III. Appel d'offres ouvert [**hyperlien**]

### Résumé analytique

1. L'appel d'offres ouvert est largement reconnu comme étant en général la méthode de passation de marché la plus efficace pour promouvoir les objectifs de la Loi type tels qu'ils sont exposés dans le Préambule. La Loi type en fait donc la méthode de passation de marché par défaut dans les cas autres que ceux prévus aux articles 29 à 32 [**hyperliens**]. Les caractéristiques clefs de l'appel d'offres ouvert incluent la sollicitation sans restriction de la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs; la description et la spécification complètes, dans le dossier de sollicitation, de l'objet du marché, de manière que les fournisseurs et entrepreneurs aient une base commune pour préparer leurs offres; la divulgation intégrale, aux fournisseurs ou entrepreneurs, des critères qui seront utilisés pour l'évaluation et la comparaison des offres et pour le choix de l'offre à retenir; l'interdiction stricte de toute négociation entre l'entité adjudicatrice et des fournisseurs ou entrepreneurs à propos de la nature de leurs offres; l'ouverture publique des offres à la date limite de soumission; et la divulgation de toutes formalités requises pour l'entrée en vigueur du marché. Fournisseurs et entrepreneurs peuvent faire respecter ces

conditions, le cas échéant, par l'intermédiaire du mécanisme de contestation prévu au chapitre VIII de la Loi type [**hyperlien**].

2. À quelques exceptions près, les dispositions sur l'appel d'offres ouvert sont applicables, en vertu de la Loi type, aux procédures concernant l'appel d'offres en deux étapes et l'appel d'offres restreint [**hyperliens**]. Les orientations fournies dans la présente partie devraient donc également être prises en compte pour ces méthodes de passation de marché.

## Incorporation dans le droit interne: considérations de politique générale

3. Ainsi que l'explique la note de bas de page accompagnant l'article 27 [**hyperlien**], la Loi type exige l'incorporation dans le droit interne de l'appel d'offres ouvert, ce qui montre qu'il conviendrait de considérer les caractéristiques clefs décrites dans le résumé analytique ci-dessus comme l'assise de la déclaration selon laquelle cette méthode serait la plus efficace pour promouvoir les objectifs de la Loi type. Ainsi, et sous réserve de toute modification nécessaire pour garantir une cohérence dans la législation de l'État adoptant, il est recommandé que les règles de sollicitation figurant dans l'article 33 en matière d'appel d'offres ouvert [**hyperlien**] et les procédures figurant dans les articles 36 à 44 [**hyperlien**] soient incorporées dans le droit interne dans leur intégralité.

## Questions concernant l'application et l'utilisation

4. Dans les règlements, règles ou orientations sur l'emploi de la méthode, il faudrait souligner l'importance des caractéristiques clefs énoncées dans le résumé analytique ci-dessus, les avantages de cette méthode et les incidences de la règle énoncée à l'article 28 [**hyperlien**] selon laquelle l'entité adjudicatrice doit recourir à l'appel d'offres ouvert sauf si le recours à une autre méthode de passation de marché se justifie. Il apparaîtra dès lors que ce recours à d'autres méthodes doit constituer l'exception plutôt que la règle.

5. Les règlements, règles ou orientations devraient non seulement donner les orientations recommandées dans les remarques par article ci-après, mais souligner aussi l'importance que revêtent les dispositions du chapitre premier (Dispositions générales) [**hyperlien**] pour assurer la transparence, l'appel à la concurrence et des conditions égales et garantir ainsi la bonne utilisation de la méthode. Ils devraient donc faire ressortir l'interaction de ces règles et insister, par exemple, sur les renseignements à inclure dans le dossier de sollicitation, tels que figurant à l'article 39 [**hyperlien**].

## Description générale et recours à l'appel d'offres ouvert

6. L'article 28-1 [**hyperlien**] prévoit que, sauf disposition contraire des articles 29 à 31 [**hyperlien**] de la Loi type, l'entité adjudicatrice doit recourir à l'appel d'offres ouvert pour passer un marché. L'utilisation de cette méthode ne fait donc l'objet d'aucune condition et on peut y recourir pour toute passation de marché.

**Article 33. Sollicitation dans le cas de l'appel d'offres ouvert,… [**hyperlien**]**

7. La sollicitation dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres ouvert est régie par les règles gouvernant l'appel d'offres ouvert au titre de l'article 33, qui font de la sollicitation publique, internationale et sans restriction la règle par défaut (pour une explication approfondie de ce concept, voir le commentaire de la deuxième partie du chapitre II ci-dessus [**hyperlien**]). L'obligation d'une telle sollicitation publique et sans restriction ne souffre aucune exception (si ce n'est que, lorsqu'une procédure de préqualification précède l'appel d'offres ouvert, ce que permet l'article 18 [**hyperlien**], la sollicitation n'est ensuite adressée qu'aux fournisseurs préqualifiés). Néanmoins, les procédures de préqualification exigent également que soit publiée une invitation à participer, de sorte que le principe de sollicitation publique et sans restriction est préservé.

8. L'article 33-4 admet quelques exceptions à l'exigence de sollicitation internationale, uniquement lorsqu'il s'agit d'un marché national ou que l'objet du marché est de faible valeur, comme l'explique le commentaire de la deuxième partie du chapitre II [**hyperlien**]. Ainsi, dans tous les autres cas, l'invitation à participer à l'appel d'offres doit être publiée à la fois dans la publication indiquée par les règlements en matière de passation des marchés et au niveau international, dans une publication en garantissant l'accès effectif aux fournisseurs et entrepreneurs de l'étranger.

**Article 36. Procédures de sollicitation des offres [**hyperlien**]**

9. L'article 36 applique les dispositions de l'article 33 à l'appel d'offres ouvert (il réglemente également la sollicitation dans l'appel d'offres en deux étapes et l'enchère électronique inversée en tant que méthode de passation de marché autonome). Il est exigé que la sollicitation publique, internationale et sans restriction soit la règle par défaut, conformément à l'explication approfondie de ce concept dans le commentaire de la deuxième partie du chapitre II [**hyperlien**]. Ce commentaire explique également les exceptions limitées à l'exigence de sollicitation internationale qu'autorise l'article 33-4 [**hyperlien**]. Ces exceptions ne sont permises que pour prendre en compte la passation de marchés nationaux ou de marchés de faible valeur, comme indiqué ci-dessus.

**Article 37. Teneur de l'invitation à soumettre une offre [**hyperlien**]**

10. Afin de promouvoir l'efficacité et la transparence, l'article 37 prévoit que les invitations à soumettre une offre doivent contenir tous les renseignements dont les fournisseurs ou entrepreneurs ont besoin pour déterminer si l'objet du marché est d'un type qu'ils peuvent fournir et, dans l'affirmative, comment ils peuvent participer à la procédure d'appel d'offres. Les informations exigées constituent le minimum requis, de sorte que l'entité adjudicatrice peut y ajouter d'autres renseignements si elle le juge approprié.

**Article 38. Communication du dossier de sollicitation [**hyperlien**]**

11. Le dossier de sollicitation vise à fournir aux fournisseurs ou entrepreneurs les renseignements dont ils ont besoin pour préparer leurs offres et à les informer des règles et procédures qui régiront la procédure d'appel d'offres ouvert. L'article 38 a été inclus afin de garantir que tous les fournisseurs ou entrepreneurs ayant exprimé

le désir de participer à la procédure et se conformant aux règles fixées par l'entité adjudicatrice reçoivent le dossier de sollicitation. Ces règles doivent être énoncées dans l'invitation à soumettre une offre conformément à l'article 37 [**hyperlien**] et peuvent notamment porter sur des questions telles que les modalités et le lieu d'obtention du dossier de sollicitation, le prix demandé pour celui-ci, les modalités et la monnaie de paiement, mais aussi sur la question plus fondamentale soulevée à l'alinéa d) de l'article 37, selon lequel la participation à la procédure de passation peut être limitée conformément à l'article 8 [**hyperlien**] (la conséquence étant que les fournisseurs ou entrepreneurs non autorisés à participer à la procédure ne pourront obtenir le dossier de sollicitation).

12. La disposition concernant le prix à demander pour le dossier de sollicitation vise à permettre à l'entité adjudicatrice de recouvrer par exemple les frais d'impression et de distribution du dossier, tout en l'empêchant de demander un prix excessif qui dissuaderait des fournisseurs ou entrepreneurs qualifiés de participer à la procédure d'appel d'offres ouvert. Cette disposition ne permet pas à l'entité adjudicatrice de recouvrer les coûts de développement (y compris les frais de consultants et de publicité). Le prix demandé devrait se limiter au coût réel de la mise à disposition du dossier.

**Article 39. Teneur du dossier de sollicitation [**hyperlien**]**

13. L'article 39 énumère les renseignements que doit contenir au minimum le dossier de sollicitation. Ces renseignements permettent aux fournisseurs et entrepreneurs de soumettre des offres répondant aux besoins de l'entité adjudicatrice et d'assurer que celle-ci peut comparer les offres de manière objective et équitable. De nombreux éléments énumérés à l'article 38 sont régis ou traités par d'autres dispositions de la Loi type, notamment l'article 9 sur les qualifications, l'article 10 sur la description de l'objet du marché et les conditions du marché (ou de l'accord-cadre) et l'article 11 sur les critères d'évaluation [**hyperlien**]. Il est utile que l'article énumère les renseignements devant figurer dans le dossier de sollicitation, y compris ceux dont l'inclusion est expressément prévue dans d'autres dispositions de la Loi type, car cela permet aux entités adjudicatrices de s'en servir comme "liste de contrôle" lors de l'établissement du dossier. L'entité adjudicatrice doit toutefois déterminer au cas par cas si tous ces renseignements sont nécessaires: certains renseignements (notamment ceux visés aux alinéas i), j) et s)) peuvent être inutiles en cas de passation d'un marché national ou, en ce qui concerne l'alinéa g), lorsque la présentation d'offres partielles n'est pas autorisée.

14. La première catégorie de renseignements énumérés à l'article 39 concerne l'objet et les conditions du marché (al. b) à f) et w)). Ces dispositions visent à fournir à tous les fournisseurs et entrepreneurs potentiels suffisamment de renseignements sur les exigences de l'entité adjudicatrice en ce qui concerne les fournisseurs ou entrepreneurs, l'objet du marché, les conditions de livraison et d'autres conditions du marché (ou de l'accord-cadre). Ces renseignements sont essentiels pour permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs de déterminer s'ils ont les qualifications, compétences et capacités requises pour exécuter le marché en question. Même si la quantité exacte des biens à livrer doit généralement être précisée en vertu de l'alinéa d), lorsqu'une procédure d'appel d'offre est utilisée pour attribuer un accord-cadre, l'entité adjudicatrice ne pourra indiquer au début de la passation qu'une quantité estimative et sera autorisée à le faire conformément aux

dispositions du chapitre VII de la Loi type (pour des indications supplémentaires, voir par. ... ci-après). Le "document contractuel" mentionné à l'alinéa e) est lié aux formalités visées à l'alinéa w) de l'article: alors qu'en vertu de l'alinéa w), l'entité adjudicatrice peut préciser qu'un marché doit être conclu par écrit, elle sera tenue en vertu de l'alinéa e) de préciser également, le cas échéant, si un contrat standard doit être signé (celui-ci pouvant lui-même préciser par exemple des conditions de livraison, une période de garantie et un calendrier de paiement standard).

15. La deuxième catégorie de renseignements concerne les instructions à suivre pour établir et soumettre les offres (al. a), g) à p) et u), tels que le mode, le lieu et la date limite de présentation des offres). Ces dispositions visent à réduire le risque que des fournisseurs ou entrepreneurs qualifiés soient désavantagés ou que leurs offres soient rejetées par manque de clarté sur la manière d'établir les offres.

16. La Loi type admet que lorsque le marché peut être scindé en deux éléments distincts ou plus (par exemple, l'acquisition de différents types de matériel de laboratoire, l'acquisition d'une centrale hydroélectrique consistant en la construction d'un barrage et la fourniture d'un générateur), l'entité adjudicatrice voudra peut-être autoriser les fournisseurs ou entrepreneurs à soumettre des offres pour l'ensemble du marché ou pour une ou plusieurs parties de celui-ci. Elle pourra ainsi maximiser l'économie en s'adressant soit à un fournisseur ou entrepreneur unique, soit à plusieurs, selon que l'une ou l'autre solution s'avère plus rentable. En autorisant les offres partielles, on favorise également la participation de petites et moyennes entreprises qui ne seraient pas à même de soumettre une offre d'ensemble. L'article 39 g) vise donc à permettre les offres partielles et à rendre la phase d'évaluation des offres aussi objective, transparente et efficace que possible, car l'entité adjudicatrice ne devrait pas être autorisée à diviser l'ensemble du marché en marchés distincts comme bon lui semble après la soumission des offres.

17. D'autres renseignements visés à l'article 39 (al. b), c) et q) à s)) portent en particulier sur la manière dont les qualifications des fournisseurs et entrepreneurs seront évaluées et dont les offres seront examinées et évaluées, ainsi que sur les critères applicables; ces renseignements sont nécessaires pour assurer la transparence et l'équité de la procédure d'appel d'offres. Il convient toutefois d'évaluer la pertinence des renseignements visés à l'alinéa s) en cas de passation d'un marché national.

18. Les renseignements visés aux alinéas t) et v) reflètent le principe général de transparence qui sous-tend la Loi type: ils informent les fournisseurs et entrepreneurs du cadre juridique s'appliquant à la passation de marchés publics dans l'État adoptant en général et les règles particulières qui peuvent s'appliquer à la procédure de passation en question (par exemple, si des informations classifiées sont en jeu); ils les informent également des possibilités de former un recours ou un appel contre les décisions ou mesures prises par l'entité adjudicatrice, leur indiquant notamment si des délais particuliers (délai d'attente) seront fixés pour leur permettre de contester les décisions et mesures prises par l'entité adjudicatrice concernant l'examen et l'évaluation des offres avant l'entrée en vigueur du marché. L'endroit où les lois et règlements applicables peuvent être consultés, dont il est question à l'alinéa t), renvoie non pas à un lieu physique mais à la publication officielle ou au portail où les textes des lois et règlements faisant foi de l'État adoptant sont rendus accessibles au public et systématiquement actualisés (voir les indications concernant l'article 5 de la Loi type aux paragraphes ... ci-dessus).

19. L'article n'énumère que les renseignements qui doivent être fournis au minimum. L'entité adjudicatrice peut décider d'en ajouter d'autres, par exemple sur la manière dont les erreurs arithmétiques visées à l'article 43-1 [**hyperlien**] seraient corrigées si nécessaire[1].

20. L'ensemble des éléments énumérés à l'article 39, complétés par ceux énumérés à l'article 37 (teneur de l'invitation à soumettre une offre [**hyperlien**]), constituent des conditions de la sollicitation. Tous peuvent être contestés par les fournisseurs et entrepreneurs en vertu du chapitre VIII de la Loi type [**hyperlien**] avant l'expiration du délai de présentation des soumissions.

## Section II. Présentation des offres

### Article 40. Présentation des offres [**hyperlien**]

21. Le paragraphe 1 assure un traitement équitable de tous les fournisseurs et entrepreneurs en exigeant que le mode, le lieu et le délai de soumission des offres soient spécifiés dans le dossier de sollicitation (en vertu de l'article 2, le dossier de sollicitation tient compte des modifications qui y sont apportées). Cette exigence est précisée à l'article 14 [**hyperlien**], qui définit les règles concernant le mode, le lieu et la date limite de présentation des demandes de préqualification, des demandes de présélection ou des soumissions. Des garanties particulières sont prévues dans cet article ainsi qu'à l'article 15-3 [**hyperlien**] pour tenir compte des cas où des modifications sont apportées aux renseignements initialement publiés sur la procédure de passation. Si ces modifications rendent les renseignements initiaux substantiellement inexacts, les informations modifiées doivent être publiées de la même manière et au même endroit que les informations originales. Conformément à l'article 14-5 [**hyperlien**], toute prolongation de délai doit également être notifiée à chaque fournisseur ou entrepreneur auquel l'entité adjudicatrice a adressé le dossier de sollicitation (voir également le commentaire des articles 14 et 15 [**hyperliens**]).

22. Le paragraphe 2 contient des exigences précises concernant la forme et les modalités de présentation des offres qui complètent les conditions générales de forme et de moyens de communication énoncées à l'article 7 [**hyperlien**] (voir le commentaire de cet article 7 [**hyperlien**]). L'article prévoit que les offres doivent être présentées par écrit et signées et que leur authenticité, leur sécurité, leur intégrité et leur confidentialité doivent être préservées. L'exigence de l'"écrit" vise à assurer la conformité avec la condition de forme énoncée à l'article 7-1 (les offres doivent être présentées sous une forme qui atteste leur teneur et qui est accessible pour être consultée ultérieurement [**hyperlien**]). L'exigence de la "signature" vise à assurer que les fournisseurs ou entrepreneurs présentant une offre s'identifient et confirment qu'ils approuvent la teneur de leur offre avec

---

[1] À sa dix-neuvième session, le Groupe de travail a été prié d'examiner (A/CN.9/WG.I/WP.75/Add.3, note de bas de page 49) si l'article devrait exiger que le dossier de sollicitation précise la manière dont les erreurs arithmétiques seraient corrigées. L'attention a été appelée à cet égard sur la discussion pertinente et la question soulevée à la dix-septième session du Groupe de travail (A/CN.9/687, par. 151). Des orientations supplémentaires sur ce point devraient peut-être être fournies ici ainsi que dans le commentaire sur les dispositions pertinentes des articles 16 et 43.

suffisamment de crédibilité. L'exigence d'"authenticité" vise à donner le niveau approprié d'assurance qu'une offre présentée par un fournisseur ou un entrepreneur à l'entité adjudicatrice est définitive et fait foi, qu'elle ne peut être annulée et qu'elle permet de remonter au fournisseur ou à l'entrepreneur qui l'a soumise. Avec les exigences de l'"écrit" et de la "signature", elle vise donc à assurer qu'il y aura des preuves tangibles de l'existence et de la nature de l'intention des fournisseurs ou entrepreneurs présentant les offres d'être liés par les informations qui y figurent. En outre, ces preuves seraient conservées à des fins d'enregistrement, de contrôle et d'audit. Les exigences de "sécurité", d'"intégrité" et de "confidentialité" des offres visent à assurer que les informations figurant dans les offres présentées ne pourront être modifiées, complétées ou manipulées ("sécurité" et "intégrité"), qu'on ne pourra y accéder avant le moment prévu pour l'ouverture publique et qu'ensuite seules les personnes autorisées pourront y accéder, uniquement aux fins prescrites et conformément aux règles ("confidentialité").

23. Dans un environnement papier, toutes les exigences décrites au paragraphe précédent du présent Guide sont respectées par les fournisseurs ou entrepreneurs, qui présentent à l'entité adjudicatrice, dans une enveloppe scellée, des offres, partielles ou non, présumées dûment signées et authentifiées (sous peine d'être rejetées à l'ouverture si tel n'est pas le cas), et par l'entité adjudicatrice, qui garde les enveloppes scellées jusqu'au moment de leur ouverture publique. Dans un environnement sans papier, ces mêmes exigences peuvent être satisfaites par différentes normes et méthodes pour autant que celles-ci donnent au moins le même degré d'assurance que les offres présentées sont effectivement écrites, signées et authentifiées et que leur sécurité, leur intégrité et leur confidentialité sont préservées. Les règlements en matière de passation des marchés ou d'autres règlements appropriés devraient établir des règles claires concernant les conditions pertinentes et, si nécessaire, des équivalents fonctionnels pour l'environnement sans papier. Il faut se garder de lier les obligations juridiques à un stade donné de développement technique. Le système doit au moins garantir que nul ne peut avoir accès à la teneur des offres entre leur réception par l'entité adjudicatrice et le moment fixé pour leur ouverture officielle. Il doit également garantir que seules les personnes autorisées, clairement identifiées auprès de lui, auront le droit d'ouvrir les offres au moment de l'ouverture officielle et auront accès à leur contenu aux stades ultérieurs de la procédure de passation. Le système doit également être configuré de manière à permettre la traçabilité de toutes les opérations concernant les offres présentées, notamment l'heure et la date exactes de leur réception, la vérification de l'identité des personnes qui y ont eu accès et du moment où elles y ont eu accès, et si des offres, censées être inaccessibles, ont été compromises ou altérées. Des mesures appropriées devraient permettre d'assurer que des offres ne seront pas supprimées, endommagées ni altérées par d'autres moyens non autorisés lors de leur ouverture et de leur utilisation ultérieure. Les normes et méthodes utilisées devraient être à la mesure du risque. Un niveau élevé d'authentification et de sécurité peut être obtenu au moyen de divers logiciels commerciaux disponibles à tout moment mais ne convenant pas dans le cas d'un marché de faible valeur à faible risque. Le choix doit donc se faire sur la base d'une analyse coûts-avantages. Il faut en outre se garder d'imposer des mesures de sécurité plus strictes que dans un environnement papier, car celles-ci pourraient décourager les fournisseurs ou entrepreneurs de participer à la passation. Ces questions ainsi que d'autres devront être traitées dans les règlements en matière de passation des marchés ou d'autres

règlements appropriés. (Pour l'examen général des questions découlant de l'utilisation de la passation de marchés en ligne, voir la section ** du commentaire général [**hyperlien**].)

24. Aux termes du paragraphe 2 b), l'entité adjudicatrice doit délivrer aux fournisseurs ou entrepreneurs un reçu indiquant la date et l'heure de réception de leur offre. Dans un environnement papier, elle le fait généralement au moyen d'une confirmation écrite que l'offre a été reçue, avec un timbre indiquant le jour, l'heure et le lieu de réception. Dans un environnement sans papier, cette opération devrait se faire automatiquement. Dans les situations où le système de réception des offres ne permet pas d'établir avec précision le moment de la réception, l'entité adjudicatrice peut avoir besoin d'une certaine latitude pour fixer le degré de précision avec lequel le moment de la réception des offres présentées doit être enregistré. Toutefois, cette marge de manœuvre doit être réglementée par référence aux normes juridiques applicables au commerce électronique pour éviter les abus et assurer l'objectivité. Quelle que soit la méthode utilisée pour consigner la date et l'heure dans une passation donnée, elle doit être précisée dans le dossier de sollicitation dès le début de la procédure. Moyennant ces garanties, la certification de la réception par l'entité adjudicatrice devrait être irréfutable. Si la présentation d'une offre échoue, en particulier à cause des mesures de protection prises par l'entité adjudicatrice pour empêcher que le système ne soit endommagé par suite de la réception d'une offre, on considèrera qu'aucune soumission n'a été faite, en application de la règle générale selon laquelle la présentation des offres se fait au risque des fournisseurs et entrepreneurs. Les fournisseurs ou entrepreneurs dont les offres ne peuvent être reçues par le système de l'entité adjudicatrice devraient en être immédiatement informés pour pouvoir, si possible, soumettre à nouveau leurs offres avant l'expiration du délai de soumission. Aucune nouvelle soumission ne devrait être permise après l'expiration du délai.

25. Le paragraphe 2 c) soulève les questions examinées plus haut concernant la sécurité, l'intégrité et la confidentialité des offres présentées. À la différence du sous-alinéa ii) de l'alinéa a) de cet article, il ne contient pas d'exigence quant à l'authenticité des offres (la question ne se pose qu'au stade de la soumission des offres). On présume que, dès réception d'une offre par l'entité adjudicatrice à la date et à l'heure enregistrées conformément au paragraphe 2 b) de cet article, l'authenticité a déjà été assurée de manière satisfaisante.

26. Il est admis que des défaillances inévitables des systèmes automatisés peuvent empêcher les fournisseurs ou les entrepreneurs de soumettre leur offre avant la date limite. La Loi type laisse aux règlements en matière de passation de marchés ou à d'autres règlements appropriés le soin de traiter cette question. L'article 14-4 [**hyperlien**] dispose que l'entité adjudicatrice peut à son gré, avant la date limite de soumission des offres, reporter cette date si, en raison de circonstances indépendantes de leur volonté, un ou plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs ne peuvent soumettre leur offre dans les temps. En pareil cas, elle doit notifier promptement tout report de la date limite à chaque fournisseur ou entrepreneur auquel elle a adressé le dossier de sollicitation (voir art. 14-5 de la Loi type [**hyperlien**]). Par conséquent, lorsqu'une défaillance se produit, l'entité adjudicatrice doit déterminer si le système peut être rétabli suffisamment vite pour que la passation se poursuive et, dans l'affirmative, s'il faut reporter la date limite de présentation des offres. Toutefois, si elle établit qu'une défaillance du système

l'empêche de poursuivre la procédure de passation, elle peut l'annuler et annoncer une nouvelle procédure. Les défaillances de systèmes automatisés dues à des actes téméraires ou intentionnels de l'entité adjudicatrice ainsi que les décisions prises par celle-ci pour résoudre les problèmes causés par la défaillance d'un système automatisé sont susceptibles de recours de la part des fournisseurs et entrepreneurs lésés en vertu de l'article 63 de la Loi type [**hyperlien**].

27. La règle du paragraphe 3 interdisant l'examen des offres tardives vise à promouvoir l'économie et l'efficacité de la passation des marchés, l'intégrité de la procédure et la confiance des participants. En autorisant l'examen d'offres présentées après l'ouverture d'autres offres, on permettrait à des fournisseurs ou entrepreneurs de prendre connaissance de la teneur d'autres offres avant de soumettre la leur, ce qui pourrait entraîner une augmentation des prix et favoriser la collusion entre fournisseurs et entrepreneurs. Une telle situation serait également injuste pour les autres fournisseurs ou entrepreneurs et risquerait de nuire à l'efficacité et au bon déroulement du processus d'ouverture des offres. Les dispositions exigent donc que les offres tardives ne soient pas ouvertes et soient renvoyées en l'état aux fournisseurs ou entrepreneurs concernés. Les États adoptants peuvent exiger que la soumission d'offres tardives soit mentionnée dans le procès-verbal de la procédure de passation de marché en vertu de l'article 25-1 w) [**hyperlien**].

**Article 41. Période de validité des offres; modification et retrait des offres [**hyperlien**]**

28. L'article 41 a été inclus afin qu'il soit bien clair que l'entité adjudicatrice doit préciser dans le dossier de sollicitation la période durant laquelle les offres restent valides.

29. Il importe de toute évidence que la période de validité des offres soit précisée dans le dossier de sollicitation, compte tenu des circonstances propres à chaque procédure d'appel d'offres. Il ne serait pas réaliste de fixer dans la législation des marchés une longue période de validité applicable à tous les cas, visant à répondre aux besoins de la plupart des procédures d'appel d'offres, voire de toutes. Une telle solution serait inefficace car, dans de nombreux cas, cette période serait plus longue que nécessaire. En outre, des périodes de validité trop longues risqueraient d'entraîner une augmentation du prix des offres, puisque les fournisseurs ou entrepreneurs devraient augmenter leurs prix pour tenir compte des coûts et des risques subis durant cette période (par exemple, capacité immobilisée et impossibilité de soumissionner ailleurs; risques d'une augmentation des coûts de production ou de construction).

30. Le paragraphe 2 vise à permettre à l'entité adjudicatrice de traiter les retards pris dans la procédure d'appel d'offres à la suite d'une demande de prolongation de la période de validité. Cette procédure n'oblige pas les fournisseurs ou entrepreneurs, afin de ne pas les forcer à rester liés par leurs offres pendant une période plus longue que prévu – risque qui les dissuaderait de participer ou les inciterait à relever leurs prix. Afin de prolonger également, le cas échéant, la protection qu'offre la garantie de soumission, il est prévu qu'un fournisseur ou entrepreneur n'obtenant pas de garantie couvrant la période de validité prolongée de l'offre sera considéré comme ayant refusé de prolonger la période de validité de son

offre. Dans ce cas, la validité de son offre prendra fin à l'expiration de la période de validité initiale indiquée dans le dossier de sollicitation.

31. Le paragraphe 3 est un complément essentiel des dispositions de l'article 15 concernant la clarification et la modification du dossier de sollicitation. Il permet en effet aux fournisseurs et entrepreneurs de réagir à une clarification ou à une modification du dossier ou de toute autre circonstance en modifiant leur offre si nécessaire ou en la retirant s'ils en décident ainsi. Cette règle favorise la participation, tout en protégeant les intérêts de l'entité adjudicatrice, puisqu'elle prévoit l'abandon de la garantie de soumission en cas de modification ou de retrait après la date limite de soumission des offres. Cependant, eu égard à l'approche différente qu'on trouve dans la législation et la pratique de certains États, le paragraphe 3 permet à l'entité adjudicatrice de s'écarter de la règle générale et d'imposer l'abandon de la garantie de soumission en cas de modification ou de retrait avant la date limite de soumission des offres, mais seulement si le dossier de sollicitation le précise (voir aussi le commentaire de l'article 48 [**hyperlien**]).

## Section III. Évaluation des offres

### Article 42. Ouverture des offres [**hyperlien**]

32. La règle énoncée au paragraphe 1 vise à éviter tout délai entre la date limite de soumission des offres et l'ouverture de celles-ci. Un tel délai pourrait donner lieu à des comportements fautifs (par exemple, divulgation de la teneur des offres avant la date d'ouverture prévue) et priverait les fournisseurs et entrepreneurs de la possibilité de réduire au minimum ce risque en soumettant leur offre à la dernière minute, juste avant l'ouverture des offres.

33. Le paragraphe 2 énonce la règle selon laquelle l'entité adjudicatrice doit permettre à tous les fournisseurs ou entrepreneurs ayant présenté des offres ou à leurs représentants d'assister à l'ouverture des offres. Les modalités fixées par l'entité adjudicatrice pour l'ouverture des offres (lieu, manière, moment et procédures d'ouverture des offres) devraient permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs d'être présents, compte tenu de facteurs tels que le décalage horaire, la nécessité de prévoir outre le lieu physique d'ouverture des offres les moyens d'assurer la participation de ceux qui ne peuvent être physiquement présents ou la possibilité de choisir un lieu virtuel. Les fournisseurs et entrepreneurs peuvent être présents en personne ou de toute autre manière conforme aux dispositions de l'article 7 de la Loi type (pour l'examen des dispositions pertinentes, voir par. ... du présent Guide). Le paragraphe 2 complète les dispositions de l'article 7-4 en précisant que, dans le contexte de l'ouverture des offres, les fournisseurs ou entrepreneurs sont réputés avoir été autorisés à être présents à l'ouverture des offres s'ils ont eu la possibilité d'être informés de l'ouverture des offres pleinement et en direct; autrement dit, la participation peut être physique ou virtuelle, et ces deux formes sont couvertes par les dispositions. Dans la pratique, être informé virtuellement peut signifier que les éléments de base de l'offre qui font l'objet d'une annonce publique en application du paragraphe 3 de l'article sont immédiatement téléchargés sur le site pertinent. Cette disposition est conforme aux autres instruments internationaux qui traitent de cette question.

34. L'expression "pleinement et en direct" signifie dans ce contexte que les fournisseurs et entrepreneurs doivent pouvoir prendre connaissance (oralement ou par écrit) de toutes les informations communiquées pendant l'ouverture des offres au même moment que toute personne physiquement présente, sous réserve du temps pris pour les télécharger là où elles doivent être lues. Les informations en question comprennent les annonces faites conformément au paragraphe 3 de l'article.

35. Les fournisseurs doivent également pouvoir intervenir si des irrégularités se produisent, dans la mesure où ils seraient autorisés à le faire s'ils étaient physiquement présents. Le système en place doit donc pouvoir recevoir les observations des fournisseurs et y donner suite sans retard. Différentes méthodes fondées sur des systèmes informatiques peuvent satisfaire à l'obligation d'informer les fournisseurs pleinement et en direct. Quelle que soit la méthode utilisée, les fournisseurs ou entrepreneurs doivent en être informés suffisamment longtemps à l'avance pour pouvoir prendre toutes les mesures nécessaires pour se connecter au système et suivre l'ouverture des offres.

36. La règle selon laquelle l'entité adjudicatrice doit autoriser tous les fournisseurs ou entrepreneurs ayant présenté des offres à assister à l'ouverture des offres ou à s'y faire représenter contribue à la transparence de la procédure d'appel d'offres. Elle permet aux entrepreneurs et fournisseurs de constater que la législation et la réglementation des marchés sont respectées et contribue ainsi à promouvoir la confiance en le fait que les décisions ne seront pas prises de manière arbitraire ou infondée. Pour des raisons similaires, le paragraphe 3 dispose qu'à l'ouverture des offres, le nom des fournisseurs ou entrepreneurs dont l'offre est ouverte, ainsi que le prix soumis, sont annoncés aux personnes présentes. À ces mêmes fins, il est également prévu que ces renseignements sont communiqués aux fournisseurs ou entrepreneurs participants qui ne sont pas présents ni représentés à l'ouverture des offres.

37. En cas d'ouverture automatisée des offres, l'État adoptant doit être conscient de la nécessité de mettre en place des garanties supplémentaires pour assurer la transparence et l'intégrité du processus d'ouverture. Le système doit garantir que seules les personnes autorisées et clairement identifiées auprès de lui auront le droit d'y fixer ou d'y modifier le moment de l'ouverture des offres conformément au paragraphe 1 de cet article, sans compromettre la sécurité, l'intégrité et la confidentialité des offres. Seules ces personnes auront le droit d'ouvrir les offres au moment fixé. L'État adoptant peut exiger qu'au moins deux personnes autorisées procèdent par une action simultanée à l'ouverture des offres. Dans ce contexte, l'expression "action simultanée" signifie que les personnes autorisées désignées devraient ouvrir à peu près en même temps les mêmes parties d'une offre, en enregistrant le moment de l'ouverture. Il est souhaitable qu'avant l'ouverture, le système confirme la sécurité des offres en vérifiant qu'aucun accès non autorisé n'a été détecté. Les personnes autorisées devraient être priées de vérifier l'authenticité et l'intégrité des offres et de s'assurer qu'elles ont été soumises dans les délais.

38. Des mesures devraient être en place pour empêcher que l'intégrité des offres soit compromise, qu'elles soient supprimées ou que le système soit détruit lorsqu'il les ouvre, notamment par un virus ou un logiciel malveillant. Le système doit également être configuré de manière à permettre de retracer toutes les opérations effectuées à l'ouverture des offres et notamment d'identifier la personne ayant ouvert chaque offre et ses parties, et de déterminer la date et l'heure d'ouverture de

celles-ci. Il doit également garantir que seules les personnes autorisées à étudier leur teneur et leurs données (par exemple les membres d'un comité d'évaluation ou des auditeurs aux stades ultérieurs de la procédure de passation) y auront accès par la suite. Ces questions et les questions techniques qui s'y rapportent devraient être traitées dans les règlements en matière de passation des marchés et d'autres règlements de l'État adoptant.

**Article 43. Examen et évaluation des offres [**hyperlien**]**

39. Les paragraphes 1 à 3 régissent l'examen des offres, qui comprend la vérification des qualifications des fournisseurs et entrepreneurs ayant présenté des offres, l'évaluation de la conformité des offres des fournisseurs et entrepreneurs qualifiés et l'appréciation de l'existence d'un motif de rejeter des offres conformément au paragraphe 3 de cet article. Comme l'exigent diverses dispositions de la Loi type, notamment les articles 10 et 39 [**hyperliens**], les fournisseurs et entrepreneurs doivent être informés de l'ensemble des critères et procédures d'examen dès le début de la procédure de passation.

40. Le paragraphe 1 vise à permettre à l'entité adjudicatrice de demander aux fournisseurs ou entrepreneurs des éclaircissements sur leurs offres afin d'en faciliter l'examen et l'évaluation, tout en précisant que cela ne doit entraîner aucune modification des offres quant au fond. Le paragraphe 1 b), portant sur la correction d'erreurs purement arithmétiques, ne vise pas par exemple un prix soumis anormalement bas semblant résulter d'un malentendu, ni d'autres erreurs non apparentes dans l'offre. L'adoption de la disposition selon laquelle un avis doit être donné dans de tels cas est importante puisque le paragraphe 3 b) dispose qu'une offre sera impérativement rejetée si la correction n'est pas acceptée[2].

41. Le paragraphe 2 énonce la règle à suivre pour déterminer si une offre est conforme. Il permet de considérer une offre comme conforme même si elle comporte des écarts mineurs. En autorisant l'entité adjudicatrice à examiner des offres comportant des écarts mineurs, on favorise la participation à la procédure d'appel d'offres et la concurrence. Ces écarts mineurs doivent être quantifiés, de sorte que les offres puissent être comparées objectivement d'une manière qui favorise les offres entièrement conformes[3].

42. Le paragraphe 3 énumère les motifs de rejet des offres. La liste est exhaustive et ne mentionne que les motifs expressément prévus par la Loi type. Le motif visé à l'alinéa a) – absence des qualifications requises – est à rapprocher de l'article 9, qui énonce les exigences concernant les qualifications et les motifs de disqualification. Le motif visé à l'alinéa b) – refus du fournisseur ou entrepreneur d'accepter la correction d'une erreur arithmétique et non-conformité de l'offre – doit être lu conjointement avec les dispositions du paragraphe 1 b), qui permettent à l'entité adjudicatrice de corriger les erreurs purement arithmétiques et lui imposent d'en aviser le fournisseur ou entrepreneur ayant soumis l'offre concernée. Aucun autre échange entre l'entité adjudicatrice et le fournisseur ou entrepreneur concernant

---

[2] Il faudra préciser les règles et principes applicables à la correction des erreurs arithmétiques par l'entité adjudicatrice et le rôle du dossier de sollicitation à cet égard; voir la note de bas de page correspondant à l'article 39 ci-dessus.

[3] Il faudra également préciser ce qu'il convient d'entendre par "écarts mineurs" pour les mêmes raisons qu'en ce qui concerne les erreurs arithmétiques.

l'erreur arithmétique corrigée ne devrait être autorisé: le fournisseur ou entrepreneur concerné peut accepter la correction ou voir son offre rejetée. Le motif visé à l'alinéa 1 c) – non-conformité de l'offre – doit être interprété en tenant compte de l'article 10 et des paragraphes 1 et 2 de l'article 43 [**hyperlien**], qui fixent le cadre juridique dans lequel l'entité adjudicatrice doit se prononcer sur la conformité des offres. Les motifs visés à l'alinéa d) découlent de l'article 19, qui autorise l'entité adjudicatrice à rejeter une soumission anormalement basse, et de l'article 20, qui lui impose d'exclure un fournisseur ou entrepreneur de la procédure de passation de marché au motif d'incitations qu'il a proposées, d'un avantage concurrentiel injuste ou d'un conflit d'intérêts.

43. Les paragraphes 4 à 7 régissent l'évaluation des offres, c'est-à-dire la comparaison de toutes les offres n'ayant pas été rejetées à l'issue de l'examen. Comme l'exigent diverses dispositions de la Loi type, notamment les articles 11 et 39 [**hyperliens**] et le paragraphe 4 a) de cet article, les offres conformes sont évaluées selon les critères d'évaluation indiqués préalablement et conformément aux procédures d'évaluation indiquées préalablement. Comme le rappelle le paragraphe 4 b) de l'article, l'offre à retenir peut être l'offre au prix le plus bas ou l'offre jugée la plus avantageuse[4]. Conformément à l'article 11-5 a) de la Loi type [**hyperlien**], il convient de préciser au début de la passation, dans le dossier de sollicitation, si la soumission à retenir sera déterminée sur la base du prix ou sur la base du prix et d'autres critères, et ce paramètre ne peut être modifié ultérieurement.

44. La règle énoncée au paragraphe 5, concernant la conversion des prix soumis dans une seule monnaie aux fins de la comparaison et de l'évaluation des offres, vise à renforcer la justesse et l'objectivité de la décision de l'entité adjudicatrice. Cette monnaie doit être précisée dans le dossier de sollicitation conformément à l'article 39 s), de même que le taux de change applicable ou la méthode qui sera utilisée pour déterminer celui-ci. Ces dispositions peuvent ne pas être pertinentes en cas de passation de marchés nationaux.

45. Le paragraphe 6 permet à l'entité adjudicatrice de prier le fournisseur ou l'entrepreneur ayant soumis l'offre retenue de confirmer ses qualifications. Cela peut être particulièrement utile dans le cas d'une procédure de passation de longue durée, où l'entité adjudicatrice voudra peut-être s'assurer que les renseignements concernant les qualifications soumis antérieurement restent valables. Le recours à la confirmation est discrétionnaire puisque son utilité dépend des circonstances de chaque procédure de passation.

46. Pour que la procédure de confirmation soit efficace et transparente, le paragraphe 7 exige que l'offre soit rejetée si le fournisseur ou l'entrepreneur ne confirme pas ses qualifications, et énonce la procédure que l'entité adjudicatrice doit suivre pour choisir une autre offre en pareil cas. Ce paragraphe réaffirme également que l'entité adjudicatrice a le droit d'annuler la passation dans de tels cas, ce qui constitue une garantie essentielle contre les risques de collusion entre fournisseurs ou entrepreneurs.

---

[4] Note au Groupe de travail: L'évolution des pratiques relatives à la passation des marchés depuis 1994, qui justifient le remplacement de l'expression "offre la plus basse selon l'évaluation", utilisée dans ce contexte dans la Loi type de 1994, par l'expression "offre la plus avantageuse" sera intégrée au chapitre sur les mises à jour de la Loi type de 1994.

**Article 44. Interdiction des négociations avec les fournisseurs ou entrepreneurs [**hyperlien**]**

47. L'article 44 interdit clairement toute négociation entre l'entité adjudicatrice et un fournisseur ou entrepreneur à propos d'une offre soumise par ce fournisseur ou entrepreneur. Cette règle a été incluse parce que de telles négociations pourraient aboutir à une sorte de "vente aux enchères", où une offre soumise par un fournisseur ou entrepreneur serait utilisée pour faire pression sur un autre fournisseur ou entrepreneur afin qu'il baisse son prix ou améliore d'autres éléments de son offre. De nombreux fournisseurs ou entrepreneurs s'abstiennent de participer à une procédure d'appel d'offres lorsque de telles techniques sont utilisées ou, s'ils y participent, gonflent leurs prix en prévision des négociations. L'interdiction de négocier n'est pas censée porter sur les échanges que peuvent avoir l'entité adjudicatrice et un fournisseur ou entrepreneur en vue de clarifier l'offre de celui-ci conformément à l'article 43-1 de la Loi type [**hyperlien**] ou de conclure le marché.

## A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.9 (Original: anglais)

## Note du Secrétariat concernant le Guide révisé pour l'incorporation qui accompagnera la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa vingt et unième session

ADDITIF

Le présent additif contient une proposition concernant le texte du Guide qui accompagnera le chapitre IV de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, comprenant une introduction et un commentaire sur l'appel d'offres restreint et la demande de prix (articles 44 et 45) ainsi que sur les articles connexes du chapitre II (articles 29 et 34).

# GUIDE POUR L'INCORPORATION DANS LE DROIT INTERNE DE LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LA PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS

## Deuxième partie. Commentaire par article

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

## A. Introduction sur les méthodes du chapitre IV

### Résumé analytique

1. Le chapitre IV de la Loi type énonce les procédures de trois des méthodes de passation des marchés pouvant se substituer à l'appel d'offres ouvert: l'appel d'offres restreint [**hyperlien**], la demande de prix [**hyperlien**] et la demande de propositions sans négociation [**hyperlien**]. En règle générale, ces méthodes sont utilisées lorsque les besoins de l'entité adjudicatrice peuvent d'emblée être déterminés et décrits conformément aux dispositions de l'article 10 et lorsqu'il n'est pas nécessaire que des discussions, un dialogue ou des négociations aient lieu entre l'entité adjudicatrice et les fournisseurs ou entrepreneurs. À d'autres égards, elles s'appliquent à une large gamme de circonstances justifiant l'utilisation de ces méthodes plutôt que de l'appel d'offres ouvert (conformément aux articles 28 et 29) et pouvant être classées en trois grandes catégories, selon les situations dans lesquelles elles peuvent être appliquées. La première catégorie correspond à l'acquisition, dans un marché restreint, de produits ou services spécialisés ou complexes; la deuxième concerne les marchés de produits ou de services pouvant être de faible valeur, déjà disponibles sur le marché ou disponibles sur un marché où interviennent de nombreux fournisseurs; la troisième a trait aux marchés de produits

ou de services à l'égard desquels les considérations techniques ou qualitatives jouent un rôle particulièrement important. En outre, les conditions d'utilisation des méthodes de passation des marchés visées au chapitre IV sont étroitement liées aux règles de sollicitation de chaque méthode. Ces règles et catégories sont expliquées de manière plus détaillée dans les sections ci-après.

## Incorporation: considérations de politique générale

2. Les méthodes de passation des marchés visées au chapitre IV ont en commun le recours à la sollicitation directe, soit en tant que caractéristique inhérente de la méthode elle-même (appel d'offres restreint et demande de prix) soit à titre facultatif (demande de propositions sans négociation). La Loi type fait de la sollicitation publique et sans restriction la règle par défaut, comme l'explique la section ** du commentaire relatif à la deuxième partie du chapitre II [**hyperlien**]. Ce type de sollicitation suppose la publication d'une invitation à participer au marché, la communication du dossier de sollicitation à tous ceux qui répondent à l'invitation, et l'examen complet des qualifications et des soumissions – offres ou autres propositions – des fournisseurs et entrepreneurs.

3. La sollicitation directe dans le cadre des méthodes de passation des marchés visées au chapitre IV comporte des risques d'abus en ce que l'identification du marché et donc celle des fournisseurs et entrepreneurs qui seront invités à participer font intervenir des évaluations essentiellement subjectives. Il existe également des risques d'abus tels que favoriser un ou plusieurs fournisseurs ou de limiter la concurrence. Pour réduire ces risques et favoriser la transparence, les articles 34-5 et 35-4 [**hyperliens**] exigent qu'un avis préalable de passation de marché soit publié au niveau national et international, conformément aux dispositions régissant l'invitation à soumettre une offre, de sorte que les fournisseurs et entrepreneurs potentiels puissent prendre contact avec l'entité adjudicatrice et demander à participer à la passation de marché.

4. La sollicitation directe dans les procédures d'appel d'offres restreint et de demande de propositions sans négociation est possible dans deux situations. Premièrement, lorsque l'objet du marché consiste en produits ou services spécialisés ou complexes et qu'il est disponible sur un marché restreint (première catégorie décrite ci-dessus). La sollicitation directe nécessite l'avis préalable mentionné ci-dessus et doit être adressée à tous les fournisseurs et entrepreneurs auprès desquels l'objet du marché est disponible. Les conséquences de ces dispositions sur l'efficacité de ces méthodes de passation de marché faisant appel à la sollicitation directe sont examinées dans la section qui suit [**hyperlien**].

5. La sollicitation directe est également possible dans les procédures d'appel d'offres restreint et de demande de propositions sans négociation lorsque le temps et les frais nécessaires pour examiner et évaluer un grand nombre d'offres seraient disproportionnés par rapport à la valeur de l'objet du marché (deuxième catégorie décrite ci-dessus). En d'autres termes, le marché comporte alors tellement de participants susceptibles d'être qualifiés que la rationalité économique de la procédure ne peut être garantie. Les règles de sollicitation permettent donc à l'entité adjudicatrice de limiter le nombre de participants, sous réserve de garanties permettant de tenir compte des risques que comportent le choix du nombre

approprié de participants invités et les modalités de sélection des fournisseurs invités à participer.

6. La première garantie est l'exigence d'un avis préalable de passation de marché visée aux articles 34-5 et 35-4 [**hyperliens**], comme il est indiqué au paragraphe ** ci-dessus. La deuxième garantie est l'obligation faite à l'entité adjudicatrice de solliciter des offres ou propositions d'un nombre suffisant de fournisseurs pour assurer une concurrence effective, et de sélectionner les fournisseurs participants de manière non discriminatoire (articles 34-1 b) et 35-2 b) [**hyperliens**]). La manière d'assurer l'objectivité et d'éviter la discrimination lors de cette sollicitation est examinée dans la section qui suit [**hyperlien**].

7. Il convient de noter que demander à l'entité adjudicatrice de suivre des procédures de préqualification dans de tels cas alourdirait la charge administrative sans pour autant régler la question centrale, c'est-à-dire le nombre excessif de fournisseurs susceptibles d'être qualifiés. L'exigence visée aux articles 34-1 b) et 35-2 b) [**hyperliens**] est de trouver un moyen de sélectionner de manière non discriminatoire, parmi le grand nombre de fournisseurs qualifiés potentiels, suffisamment de fournisseurs pour assurer une concurrence effective. Cette exigence doit aussi être lue à la lumière de l'obligation visée à l'article 28-2 [**hyperlien**] d'assurer la plus grande concurrence possible. Les techniques pouvant être utilisées à cette fin sont examinées dans la section qui suit [**hyperlien**].

8. Les procédures de demande de prix qui, par nature, font intervenir la sollicitation directe, ne comportent pas les garanties mentionnées ci-dessus, comme il est expliqué plus en détail dans le commentaire relatif à cette méthode de passation de marché, [**à la section/au paragraphe ** ci-après**]. En particulier, il n'y a aucune exigence concernant un avis préalable de passation de marché ou la publication des conditions de cette passation, et il est également probable que si un marché descend sous le seuil indiqué pour l'utilisation de cette méthode de passation de marché, il descendra également sous le seuil indiqué pour la publication de l'avis d'attribution du marché visé à l'article 23 [**hyperlien**]. Cette méthode est donc souple mais non transparente; c'est pourquoi elle est censée n'être utilisée qu'à titre exceptionnel, comme il est expliqué dans le commentaire qui y a trait.

9. La passation de marchés en ligne permet d'automatiser de nombreux éléments de l'examen et de l'évaluation des offres, et donc de gagner du temps, de diminuer les coûts et de réduire la charge administrative que cela suppose de justifier la sollicitation directe dans les méthodes de passation de marché visées au chapitre IV. De plus, la passation de marché et les outils qui y sont associés – tels que les enchères électroniques inversées (chapitre VI), les accords-cadres et les catalogues en ligne (chapitre VII [**hyperlien**]) – permettent l'utilisation de techniques qui devraient rendre moins nécessaire le recours à la méthode de demande de prix.

10. Les questions que pose la troisième catégorie de méthodes de passation de marchés visées au chapitre IV pour lesquelles les considérations techniques et qualitatives sont particulièrement importantes incluent les questions liées à la sollicitation examinées ci-dessus en ce qui concerne la première catégorie de méthodes de passation de ce chapitre. L'utilisation de la méthode pour garantir la prise en compte appropriée des considérations techniques et qualitatives est

examinée ci-après dans le commentaire sur la demande de propositions sans négociation [**hyperlien**].

11. Compte tenu des considérations qui précèdent, les États adoptants souhaiteront peut-être examiner la question de savoir si, étant donné leur situation, ils ont besoin de l'ensemble des méthodes de passation de marchés visées au chapitre IV, ainsi que des accords-cadres et des enchères électroniques inversées. S'ils prévoient l'ensemble de ces méthodes, ils voudront peut-être en réglementer l'utilisation de manière plus détaillée que ne le fait la Loi type, de sorte qu'elles ne soient pas utilisées lorsque des procédures plus transparentes et plus objectives pourraient leur être substituées. Les questions pouvant influer sur les règlements, règles ou orientations à cet effet sont examinées dans la section qui suit.

## Questions d'application et d'utilisation

12. De toute évidence, l'évaluation de l'applicabilité des conditions d'utilisation des méthodes de passation de marchés visées au chapitre IV suppose que l'entité adjudicatrice dispose d'un large pouvoir discrétionnaire. Il ressort de l'examen des questions de politique générale relatives à ces méthodes de passation que les principaux points à traiter pour assurer une application et une utilisation efficaces de ces méthodes sont les suivants:

a) Souligner l'obligation de publier un avis préalable de passation de marché lorsque la sollicitation directe est utilisée autrement que dans le cadre d'une demande de prix, pour garantir la transparence;

b) Veiller, lorsque la sollicitation directe est utilisée dans le cas d'une passation de marché hautement complexe ou spécialisée dans un marché restreint, à ce que le marché où les biens ou services sont disponibles soit correctement défini;

c) Veiller, lorsque la sollicitation directe est utilisée en raison du nombre trop élevé de fournisseurs susceptibles d'être qualifiés (voir paragraphe ** ci-dessus), à ce que le nombre et l'identité des participants à inviter soient déterminés de manière objective; et

d) Examiner des moyens de réduire la charge administrative que suppose la sollicitation publique et sans restriction, sans compromettre l'objectivité, la transparence ni la concurrence.

13. S'agissant des avis préalables, il convient de noter qu'ils permettent en fait à l'entité adjudicatrice d'ajuster sa perception de l'étendue du marché. Ils constituent donc un moyen d'atténuer les risques d'abus dans la définition du marché ou l'identification des participants appropriés. L'exigence d'un avis préalable est donc essentielle pour ce qui est de lutter contre la corruption et d'assurer la transparence. Conjointement aux dispositions du chapitre VIII [**hyperliens**], les avis préalables permettent aux fournisseurs ou entrepreneurs lésés de demander réparation, et les y encouragent, dès le début de la procédure plutôt qu'à un stade ultérieur, lorsqu'une réparation peut être devenue impossible ou s'avérer coûteuse pour le public, et que les recours disponibles sont donc limités.

14. Il importe de noter qu'il n'existe aucun seuil au-dessous duquel l'exigence d'un avis préalable soit assouplie. Cette garantie est particulièrement importante,

puisqu'il se peut que la valeur estimée des types de marchés décrits ci-dessus descende sous le seuil de publication de l'avis d'attribution de marché visé à l'article 23. La publication d'avis préalables constitue un mécanisme de contrôle sur l'exercice par l'entité adjudicatrice de son pouvoir discrétionnaire d'évaluer les marchés et les participants pour la passation concernée. L'État adoptant voudra peut-être veiller à ce que le contrôle de ces passations de marchés inclue la surveillance des réponses à ces avis.

15. S'agissant de la définition du marché, il convient de souligner dans les règles et orientations à l'intention des responsables de la passation des marchés l'importance d'une approche cohérente et la garantie que l'entité adjudicatrice est tenue d'inviter tous les fournisseurs et entrepreneurs potentiels à participer à la procédure. La définition du marché relevant également du droit et de la politique de la concurrence, il se peut que l'interaction suggérée entre l'organe responsable du droit de la concurrence et l'organisme public de passation de marché ou autre organisme similaire décrit ci-dessus à la section ** du commentaire général [**hyperlien**] permette à l'expérience du premier en matière d'élaboration de règles et d'orientations d'être utile aux entités adjudicatrices et d'assurer l'objectivité à cet égard.

16. Il convient également d'encourager les entités adjudicatrices à garder à l'esprit les risques qu'elle court si elle n'identifie pas l'ensemble des fournisseurs et entrepreneurs dans un marché restreint. Il peut s'agir notamment d'une contestation en vertu du chapitre VIII de la Loi type, de la part d'un fournisseur ou entrepreneur estimant qu'il est à même de fournir l'objet du marché mais n'ayant pas été invité à participer. Si des fournisseurs précédemment inconnus répondent à l'avis préalable, ils doivent être autorisés à soumettre une offre ou des propositions, à moins qu'ils ne soient disqualifiés ou ne répondent pas, de quelque autre manière, aux conditions de l'avis (par exemple, s'il s'agit de fournisseurs étrangers alors que la passation de marché est purement nationale au titre de l'article 8 de la Loi type). Ainsi, lorsque l'étendue du marché n'est pas pleinement connue ou comprise (risque qui augmente s'il peut y avoir des fournisseurs étrangers), la sollicitation publique et sans restriction ou l'appel d'offres ouvert avec préqualification peuvent être des solutions appropriées. Une autre solution serait d'autoriser l'utilisation de procédures de présélection comme le prévoit la demande de propositions avec dialogue visée à l'article 49-2 [**hyperlien**]. Ces dernières solutions en particulier supposent que seuls les participants qualifiés ou les fournisseurs les mieux qualifiés puissent présenter des offres ou des propositions. L'entité adjudicatrice peut devoir examiner les demandes de préqualification ou de présélection mais elle n'est pas tenue d'examiner ni d'évaluer les offres ou propositions de fournisseurs non qualifiés, ce qui allège la charge administrative globale.

17. Il convient également de souligner le lien entre l'obligation d'inviter tous les fournisseurs et entrepreneurs potentiels et les dispositions des articles 14 et 15 de la Loi type, qui accroissent les risques de créer une charge administrative supplémentaire et de retards dans la passation du marché au cas où apparaîtrait un fournisseur supplémentaire. Ces articles exigent que la date limite de présentation des soumissions laisse aux fournisseurs ou entrepreneurs suffisamment de temps pour présenter leurs soumissions, et permettent le report de cette date limite si nécessaire. Bien qu'ils n'exigent pas explicitement le report de la date limite de présentation des soumissions au cas où de nouveaux fournisseurs apparaissent, on

peut cependant considérer que cette exigence découle de l'obligation d'accorder suffisamment de temps pour présenter les soumissions, et l'organisme public de passation de marchés ou autre organisme établissant des règlements, règles et autres orientations souhaitera peut-être l'exprimer de manière explicite. Une manière pratique de réduire au minimum le risque de demandes de participation tardives est d'inclure dans l'avis préalable une déclaration priant les participants potentiels de se faire connaître à l'entité adjudicatrice avant la date de parution du dossier de sollicitation.

18. S'agissant de la sollicitation directe utilisée pour éviter les coûts disproportionnés de l'examen d'un trop grand nombre d'offres ou de propositions par rapport à la valeur du marché, la détermination du nombre maximal et le choix du mode de sélection des fournisseurs qui seront invités à participer sont deux éléments clefs pour éviter toute utilisation abusive ou excessive.

19. L'entité adjudicatrice disposera d'un large pouvoir discrétionnaire pour décider quel est le nombre maximal approprié compte tenu des conditions du marché concerné; les règlements, règles et orientations devraient aussi traiter d'un nombre minimal raisonnable. À cet égard, ils pourraient aussi renvoyer à l'obligation visée à l'article 28-2 de la Loi type de s'efforcer d'assurer la plus grande concurrence possible lors du choix et de l'utilisation d'une méthode de passation de marché [**hyperlien**]. Dans le cas de la demande de prix, le nombre minimal de participants est fixé à trois mais cette méthode est applicable dans une gamme de circonstances beaucoup plus restreinte que les autres méthodes visées au chapitre IV. De nombreux commentateurs estiment que, dans la majorité des cas, un minimum de cinq participants invités est raisonnable pour éviter la collusion et la possibilité que le marché soit attribué à un fournisseur favorisé.

20. Sur un marché tel que celui des produits de base, il existe plusieurs moyens de sélectionner objectivement le nombre voulu de fournisseurs ou de participants, notamment l'ordre de réception, le tirage au sort ou une autre méthode de sélection aléatoire. L'objectif est que la concurrence soit aussi large et efficace que possible. À ce stade, il convient de noter que le mode de sélection des fournisseurs appelés à participer peut également être contesté en vertu du chapitre VIII de la Loi type [**hyperlien**], mais sur la base d'une sélection discriminatoire et non d'une non-sélection en soi. Cependant, s'il s'agit de procédures répétées et qu'un même groupe restreint est choisi à plusieurs reprises, il sera peut-être plus facile de démontrer un manque d'objectivité. Dans de tels cas, l'entité adjudicatrice serait bien avisée de prendre garde à se montrer objective dans le choix des fournisseurs invités à participer (ou peut-être d'envisager de recourir à un instrument tel que l'accord-cadre, comme il est noté ci-dessus); les règles et orientations devraient aussi souligner que l'objectif recherché – gain de temps et réduction des coûts – pâtirait d'une éventuelle contestation.

21. Bien que les exigences en matière de sollicitation directe soient moins strictes dans le cas des demandes de prix, précisant qu'il faut inviter autant de fournisseurs ou d'entrepreneurs que possible mais au moins trois, elles doivent néanmoins être lues conjointement avec l'obligation visée à l'article 28-2 de s'efforcer d'assurer la plus grande concurrence possible [**hyperlien**]. En outre, comme il est expliqué ci-après dans le commentaire se rapportant à cette méthode de passation de marché [**hyperlien**], les règles sur l'estimation de la valeur d'un marché visées à l'article 12 [**hyperlien**] devraient être éclaircies de manière à préciser comment

plusieurs passations de marchés de faible valeur sur une période donnée devraient être regroupées aux fins des seuils applicables.

22. Pour ce qui est de réduire la charge administrative que suppose la sollicitation publique et sans restriction tout en préservant l'objectivité, la transparence et la concurrence, la Loi type prévoit plusieurs méthodes et techniques de passation de marché qui peuvent être efficaces du point de vue de la procédure. Les accords-cadres, par exemple, sont conçus pour les achats récurrents, ce qui peut tout à fait être le cas des marchés relativement simples et de faible valeur caractérisant la deuxième catégorie de méthodes de passation de marché visée au chapitre IV (demande de prix et certains types d'appels d'offres restreints et de demandes de propositions sans négociation). Les accords-cadres permettent d'effectuer plusieurs phases obligatoires de la procédure une seule fois pour ce qui constitue par ailleurs une série de passations de marchés: il s'agit notamment de l'examen et de l'évaluation des soumissions, comme il est expliqué plus en détail dans le commentaire de cette méthode [**hyperlien**]. Les procédures peuvent être plus simples d'un point de vue administratif pour les enchères électroniques inversées que pour les appels d'offres, comme il est expliqué plus en détail dans le commentaire de cette méthode [**hyperlien**]. En outre, les techniques et méthodes de passation de marchés en ligne sont généralement plus transparentes que les demandes de prix traditionnelles et, dans la mesure où elles exigent en règle générale une sollicitation publique et sans restriction, plus transparentes à cet égard que les méthodes pertinentes d'appel d'offres restreint et de demande de propositions.

## B. Commentaire des méthodes de passation de marchés du chapitre IV

23. Afin de faciliter la lecture, le commentaire ci-après de chacune des méthodes de passation de marchés du chapitre IV comporte une description générale de la méthode et des principales questions de politique générale la concernant, puis un commentaire de ses conditions d'application, de ses règles de sollicitation et des articles régissant sa procédure. Les procédures sont exposées au chapitre V mais, comme les conditions d'application et les règles de sollicitation sont exposées au chapitre II, le commentaire renvoie aussi aux questions soulevées par les dispositions pertinentes du chapitre II [**hyperlien**], en développant l'explication s'il y a lieu.

### 1. L'appel d'offres restreint

Description générale et principales questions de politique générale

24. Comme il est indiqué dans l'introduction du présent chapitre [**hyperlien**], l'appel d'offres restreint vise à permettre à l'entité adjudicatrice, dans des cas exceptionnels, de ne solliciter la participation que d'un nombre limité de fournisseurs ou entrepreneurs. Ces cas exceptionnels sont ceux où l'objet du marché, de par sa nature techniquement complexe ou spécialisée, n'est disponible qu'auprès d'un nombre limité de fournisseurs ou d'entrepreneurs (par exemple du matériel pour centrales nucléaires) et ceux où le temps et les frais nécessaires pour examiner et évaluer un grand nombre d'offres seraient disproportionnés par rapport

à la valeur de l'objet du marché (par exemple la fourniture de badges ou d'épinglettes destinés à être échangés lors de manifestations sportives). Comme il est expliqué dans l'introduction, cela n'aurait aucun sens d'exiger dans de tels cas une sollicitation publique et sans restriction.

**Article 29-1. Conditions d'utilisation de l'appel d'offres restreint [**hyperlien**]**

25. L'article 29-1 énonce les conditions d'utilisation de l'appel d'offres restreint. Bien que le recours à l'appel d'offres restreint soit soumis à des garanties de transparence, un avis préalable de passation de marché étant exigé en vertu des dispositions de l'article 34-5, et que ses procédures soient les mêmes que celles de l'appel d'offres ouvert sauf pour ce qui est de la sollicitation, l'appel d'offres restreint fait l'objet de conditions d'utilisation strictes et précises, qu'il faut lire en tenant compte des règles sur la sollicitation visées à l'article 34-1. Le fondement de ces règles et conditions est que le recours à l'appel d'offres restreint dans des situations autres que celles expressément prévues compromettrait fondamentalement les objectifs de la Loi type.

26. L'appel d'offres restreint dans les conditions visées au paragraphe 1 a) ne peut être utilisé que si tous les fournisseurs ou entrepreneurs susceptibles de fournir l'objet du marché sont invités à participer. L'appel d'offres restreint dans les conditions visées au paragraphe 1 b) ne peut être utilisé que si l'entité adjudicatrice sollicite des offres auprès d'un nombre suffisant de fournisseurs pour assurer une concurrence efficace et sélectionne les participants de manière non discriminatoire. Les risques que le non-respect de ces règles fait peser sur l'efficacité du processus de passation de marchés – retards dans la procédure, phases supplémentaires et de contestations en vertu de la Loi type – sont décrits plus haut dans le commentaire, dans l'introduction sur les méthodes de passation de marchés visées au chapitre IV [**hyperlien**].

27. L'entité adjudicatrice court moins de risques si elle recourt à l'appel d'offres restreint pour le motif visé au paragraphe 1 b), c'est-à-dire que le temps et les frais nécessaires pour examiner et évaluer un grand nombre d'offres seraient disproportionnés par rapport à la valeur de l'objet du marché. Dès lors qu'elle a déjà choisi de manière objective suffisamment de fournisseurs ou d'entrepreneurs pour assurer une concurrence effective, elle peut alors ne pas examiner les demandes d'autorisation à soumettre une offre reçues d'autres fournisseurs ou entrepreneurs répondant à l'avis publié conformément à l'article 34-5.

28. Il convient également de lire les dispositions du paragraphe 1 b) conjointement avec l'article 12 de la Loi type contenant les règles sur l'estimation de la valeur d'un marché. Cet article comporte des garanties essentielles contre le fractionnement artificiel de l'objet du marché aux fins, par exemple, de justifier le recours à l'appel d'offres restreint pour les motifs visés au paragraphe 1 b), c'est-à-dire que le temps et les frais nécessaires pour examiner et évaluer un grand nombre d'offres seraient disproportionnés par rapport à la valeur de l'objet du marché. Enfin, il convient de fournir à l'entité adjudicatrice des orientations sur les règles de regroupement en cas d'achats récurrents, comme il est indiqué ci-dessus dans l'introduction, au paragraphe ** de la section ** [**hyperlien**].

29. L'article 29-3 [**hyperlien**], lu conjointement avec les dispositions de l'article 25-1 e) [**hyperlien**], impose à l'entité adjudicatrice de verser au

procès-verbal un exposé des raisons et circonstances sur lesquelles elle s'est fondée pour justifier le recours à l'appel d'offres restreint plutôt qu'à l'appel d'offres ouvert, de manière suffisamment détaillée pour que la décision puisse être revue ou contestée le cas échéant. Cette justification ne doit cependant pas figurer dans l'avis de passation du marché (on évitera ainsi les résumés imprécis et les avis trop longs). (Voir aussi, dans le commentaire sur l'article 25, comment le fournisseur souhaitant contester le choix de la méthode de passation peut prendre connaissance de la justification dans le procès-verbal [**hyperlien**].)

**Article 34, paragraphes 1 et 5. La sollicitation dans le cas de l'appel d'offres restreint [**hyperlien**]**

30. L'article 34-1 énonce les conditions minimales de la sollicitation pour ce qui est de l'appel d'offres restreint. Celles-ci visent à réaliser l'objectif de l'article 29-1, à savoir limiter l'utilisation de l'appel d'offres restreint à des cas véritablement exceptionnels tout en maintenant un degré de concurrence approprié. Elles renvoient spécifiquement aux deux cas exceptionnels décrits dans les conditions d'utilisation: s'il est recouru à l'appel d'offres restreint pour le premier motif (visé à l'article 29-1 a) [**hyperlien**]), c'est-à-dire si l'objet du marché, de par sa nature technique complexe ou spécialisée, n'est disponible qu'auprès d'un nombre limité de fournisseurs, tous les fournisseurs ou entrepreneurs susceptibles de fournir cet objet doivent être invités à participer. S'il est recouru à l'appel d'offres restreint pour le deuxième motif (visé à l'article 29-1 b) [**hyperlien**]), à savoir que le temps et les frais nécessaires pour examiner et évaluer un grand nombre d'offres seraient disproportionnés par rapport à la valeur de l'objet du marché, les fournisseurs ou entrepreneurs doivent être invités de manière non discriminatoire et en nombre suffisant pour assurer une concurrence effective. Les questions de politique générale et d'application qui devraient sous-tendre les orientations données aux entités adjudicatrices à cet égard sont examinées ci-dessus [**à la section/aux paragraphes**] de l'introduction à ce chapitre [**hyperliens**].

31. Cette exigence de sélection non discriminatoire suppose aussi que le public ait été informé au préalable, conformément au paragraphe 5 de l'article 34, non seulement de la décision de l'entité adjudicatrice de recourir à l'appel d'offres restreint mais aussi du nombre maximum de participants qui seront retenus et des modalités de sélection jusqu'au maximum annoncé – voir également ci-dessus les paragraphes ** de l'introduction à ce chapitre [**hyperliens**].

**Article 45. Appel d'offres restreint [**hyperlien**]**

32. L'article 45 régit les procédures de l'appel d'offres restreint. Ses dispositions sont très brèves: elles appliquent à l'appel d'offres restreint les dispositions du chapitre III régissant l'appel d'offres ouvert [**hyperlien**], sauf en ce qui concerne la sollicitation, comme il est indiqué aux paragraphes ** ci-dessus.

33. Le paragraphe 2 dispose donc que les articles 36 à 38 [**hyperliens**] ne s'appliquent pas à l'appel d'offres restreint. L'article 36 régit les procédures de sollicitation des offres dans l'appel d'offres ouvert et ne s'applique donc pas à l'appel d'offres restreint. L'article 37 [**hyperlien**] régit la teneur de l'invitation à soumettre une offre qui doit être publiée dans le cas de l'appel d'offres ouvert. Dans le cas de l'appel d'offres restreint, il n'est pas nécessaire de publier une telle invitation mais s'il en est publié une, elle ne doit pas inclure tous les

renseignements énumérés à l'article 37. S'agissant de l'article 38 [**hyperlien**], le dossier de sollicitation de l'appel d'offres restreint sera fourni à tous les fournisseurs directement invités et ayant exprimé leur intérêt à participer.

34. En outre, certaines dispositions de l'article 38 [**hyperlien**] ne s'appliqueront pas à l'appel d'offres restreint. Si l'entité adjudicatrice décide de faire payer le dossier de sollicitation dans le cas de l'appel d'offres restreint, elle devrait être liée par la disposition de la dernière phrase ("Ce prix ne dépasse pas le coût de la distribution du dossier aux fournisseurs ou entrepreneurs."), même si l'article ne s'applique pas à l'appel d'offres restreint. Cette disposition, qui figure dans d'autres articles de la Loi type dans un contexte similaire, peut être considérée comme énonçant une bonne pratique destinée à empêcher l'entité adjudicatrice de demander un prix excessif pour le dossier de sollicitation. Il convient d'examiner avec soin les incidences négatives que peuvent avoir de tels coûts sur la participation des fournisseurs ou des entrepreneurs, en particulier des petites et moyennes entreprises, et sur les prix que proposeraient les fournisseurs ou entrepreneurs participant à la procédure. Les États adoptants voudront peut-être prévoir une disposition expresse en ce sens dans les règlements en matière de passation des marchés visés à l'article 4 [**hyperlien**].

### 2. Demande de prix

Description générale et principales questions de politique générale

35. La procédure de demande de prix est une méthode de passation de marchés convenant aux achats d'articles standard de faible valeur (habituellement disponibles dans le commerce), pour lesquels il n'est peut-être pas justifié de recourir à une procédure d'appel d'offres pouvant être longue et onéreuse. L'article 29-2 limite strictement l'utilisation de cette méthode aux marchés dont la valeur est inférieure au seuil fixé dans les règlements en matière de passation des marchés. Pour les considérations concernant l'établissement de ce seuil, voir la section ** du commentaire dans l'introduction du chapitre I [**hyperlien**].

36. Lors de l'incorporation de l'article 29, il convient de préciser que le recours à la demande de prix n'est pas obligatoire pour les marchés dont la valeur est inférieure au seuil fixé. L'article 28, qui dispose que l'entité adjudicatrice doit assurer la plus grande concurrence possible et tenir compte des circonstances de la passation lorsqu'elle en choisit la méthode, et énonce les conditions d'utilisation d'autres méthodes pouvant convenir, aidera l'entité adjudicatrice à envisager d'autres méthodes que la demande de prix (voir aux paragraphes ** du commentaire relatif au chapitre II [**hyperlien**] les orientations pertinentes concernant l'article 28).

37. En particulier, cette méthode n'est pas destinée à être utilisée pour des achats répétés, en raison des risques de restriction du marché et d'abus qu'elle comporte (tels qu'une sélection abusive des fournisseurs participants ou le fait de justifier des achats répétés par exemple en fractionnant le marché pour ne pas dépasser le seuil visé à l'article 12 (voir également ci-après [**hyperlien**]). Pour les achats répétés, il est préférable d'établir un accord-cadre ouvert ou, s'il s'agit d'articles plus complexes, de conclure un accord-cadre fermé à l'issue d'une procédure d'appel d'offres (voir également le commentaire relatif au chapitre VII [**hyperlien**]). L'utilisation de catalogues électroniques peut contribuer à accroître la transparence

lorsque la procédure est périodique Par exemple, dans le cas d'un marché portant sur des pièces de rechange pour un parc de véhicules, une demande de prix peut convenir s'il s'agit d'un seul achat qui ne se répétera probablement pas; en cas d'achats réguliers de telles pièces, un accord-cadre sera plus approprié.

38. Lorsqu'il s'agit d'acheter des articles plus complexes, il convient de recourir à l'appel d'offres, qui présente de meilleures garanties de transparence. Un appel d'offres restreint fondé sur les motifs énoncés à l'article 28-1 b) peut convenir dans de tels cas. L'utilisation d'autres méthodes de passation de marchés éventuellement associées à des accords-cadres est recommandée lorsqu'un marché initial de faible valeur aurait pour conséquence à long terme de faire adopter à l'entité adjudicatrice un système technologique donné ou de l'engager à des achats répétés d'articles similaires. Pour les marchés de produits courants, de services simples et d'articles similaires, on peut également recourir à l'enchère électronique inversée. (On trouvera aux paragraphes ** du commentaire relatif au chapitre II [**hyperlien**] les indications pertinentes concernant l'article 28-1 b) tel qu'il s'applique à l'appel d'offres restreint; aux paragraphes ** du commentaire relatif au chapitre VI [**hyperlien**] les indications pertinentes concernant les dispositions relatives aux enchères électroniques inversées; et aux paragraphes ** du commentaire relatif au chapitre VII [**hyperlien**] les indications pertinentes sur les dispositions relatives aux accords-cadres).

**Article 29-2. Conditions d'utilisation de la demande de prix [**hyperlien**]**

39. L'article 29-2 énonce les conditions d'utilisation de la demande de prix, notamment l'obligation de fixation d'un seuil supérieur, comme indiqué ci-dessus, et l'exigence que l'objet du marché ne soit pas produit pour répondre à la description particulière de l'entité adjudicatrice.

40. Il convient de lire les dispositions du paragraphe 2 conjointement avec l'article 12 de la Loi type contenant les règles sur l'estimation de la valeur d'un marché. Cet article renforce le caractère limité du champ d'application de la demande de prix en interdisant à l'entité adjudicatrice de fractionner artificiellement l'objet du marché pour contourner les seuils et éviter ainsi de recourir aux méthodes de passation générant une plus grande concurrence, une interdiction essentielle pour la réalisation des objectifs de la Loi type.

**Article 34, paragraphes 2 et 5. La sollicitation dans le cas de la demande de prix [**hyperlien**]**

41. L'article 34-2 [**hyperlien**] réglemente la sollicitation dans les procédures de demande de prix. Les objectifs de la Loi type consistant à favoriser et à encourager la participation et à promouvoir la concurrence s'appliquent à toute passation, quelle que soit la valeur du marché. L'entité adjudicatrice est donc tenue de demander des prix à autant de fournisseurs ou d'entrepreneurs que possible mais au moins trois, sans exception. Cette exigence minimale tient compte du type d'objet pour lequel l'entité adjudicatrice est censée recourir à la demande de prix, à savoir des biens ou services immédiatement disponibles qui ne sont pas produits ou fournis spécialement pour répondre à sa description particulière et pour lesquels il existe un marché (article 29-2 [**hyperlien**]). Pour ce type de passation, il devrait toujours être possible de demander des prix à au moins trois fournisseurs ou entrepreneurs capables de fournir l'objet du marché. Le recours à la passation de

marchés en ligne permet aussi à l'entité adjudicatrice de toucher un public plus large et de faire à coup sûr suffisamment de demandes de prix.

42. La Loi type ne contenant aucune disposition régissant les modalités d'identification des participants, les États adoptants voudront peut-être donner des indications pour que la sélection des participants aux procédures de demande de prix ne se fasse pas d'une manière qui restreigne l'accès au marché ou permette une utilisation abusive de ces procédures. Parmi les abus possibles, on notera la sélection de deux fournisseurs notoirement onéreux ou géographiquement éloignés de manière à pouvoir attribuer le marché à un troisième, le fournisseur choisi. Les considérations concernant les modalités de sélection des fournisseurs participants dans le contexte du recours à l'appel d'offres restreint pour le motif visé à l'article 29-1 b) sont pertinentes à cet égard (voir ci-dessus le commentaire dans l'introduction du chapitre IV [**hyperlien**]). Sont également utiles les procédures qui imposent de comparer des offres anciennes et d'assurer un roulement des fournisseurs en cas d'achat occasionnel des mêmes articles. Les procédures de contrôle devraient identifier les fournisseurs retenus au moyen de cette méthode, de manière à permettre l'évaluation des attributions à répétition.

43. Bien que la demande de prix soit utilisable dans un ensemble de circonstances beaucoup plus restreint que d'autres méthodes de passation de marchés de la deuxième catégorie visée au chapitre IV (les conditions étant conçues pour en limiter les possibilités d'utilisation et donc d'utilisation abusive), les États adoptants peuvent aussi envisager une approche prudente et énoncer dans des règlements, règles ou orientations les mêmes exigences d'objectivité et de garantie d'une concurrence effective que pour ces autres méthodes. La méthode y perdrait peut-être en souplesse mais il serait également plus facile de s'assurer de la transparence, de la concurrence et du traitement juste et équitable, principes qui sous-tendent la Loi type, et la cohérence en serait renforcée. Si cette approche était combinée à la passation de marchés en ligne, la charge administrative supplémentaire pourrait être négligeable.

44. De manière générale, les méthodes électroniques de demande de prix peuvent être particulièrement économiques pour les marchés de faible valeur et assurer une sélection plus transparente. En particulier, on peut considérer que l'utilisation de catalogues électroniques comme source de prix présente davantage de possibilités de transparence dans la sélection des fournisseurs auxquels demander un prix, cette sélection pouvant être évaluée en fonction des fournisseurs proposant dans leurs catalogues les articles recherchés (voir aussi les indications sur les accords-cadres relevant du chapitre VII pour ce qui est de l'achat répété d'articles bon marché). Il est essentiel d'assurer une transparence adéquate car, avec cette méthode, la passation ne doit pas obligatoirement être précédée d'un avis de passation de marché (voir également le paragraphe ... ci-dessus) et peut descendre sous le seuil rendant obligatoire la publication de l'avis public individuel d'attribution du marché visé à l'article 23 [**hyperlien**].

45. L'obligation de demander des prix à trois fournisseurs ou entrepreneurs au moins ne peut toutefois être considérée comme clause d'invalidation de la procédure si, en réponse à une demande de prix adressée à trois fournisseurs ou plus, une ou deux réponses seulement ont été reçues.

**Article 46. Demande de prix [**hyperlien**]**

46. L'article 46 [**hyperlien**] énonce les procédures relatives à la demande de prix. Compte tenu de la nature et de la faible valeur des objets pour lesquels on utilise cette méthode, seules des conditions de procédure minimales sont prévues, qui visent à garantir un traitement juste et équitable aux fournisseurs et entrepreneurs participant à la procédure. Le contrôle du recours à cette méthode, effectué autant que possible au moyen d'outils électroniques pour en amortir le coût dans le cas de marchés de faible valeur, peut favoriser la transparence et la mise en place de garanties contre les abus dans la pratique.

47. Pour ce qui est de l'obligation visée au paragraphe 1 d'informer les fournisseurs auxquels est adressée une demande de prix des frais qui doivent être inclus dans le prix, l'entité adjudicatrice voudra peut-être envisager d'utiliser les termes commerciaux reconnus, en particulier les INCOTERMS, ou d'autres descriptions commerciales courantes – telles que celles des marchés des technologies de l'information et des communications – de sorte que les articles disponibles dans le commerce pour lesquels la méthode a été conçue puissent être définis par référence à des normes sectorielles. De cette manière, on améliorera la transparence et on réduira la charge administrative de la soumission et de l'examen de prix.

### 3. Demande de propositions sans négociation

Description générale et principales questions de politique générale

48. La demande de propositions sans négociation est une méthode de passation de marchés que l'entité adjudicatrice peut utiliser lorsqu'elle doit pouvoir examiner les aspects financiers des propositions séparément et seulement après avoir procédé à l'examen et à l'évaluation de leurs aspects qualitatifs et techniques. Si elle recourt à cette méthode comme méthode de passation avec demande de propositions, l'entité adjudicatrice exprime ses besoins d'une manière fonctionnelle ou axée sur les résultats, qui peut comporter des spécifications techniques mais ne s'appuie pas sur une solution technique unique.

49. Cette méthode est indiquée si l'entité ne veut pas être influencée par les aspects financiers des propositions lorsqu'elle examine et évalue leurs aspects qualitatifs et techniques. Cette situation peut se présenter par exemple lorsque l'entité adjudicatrice souhaite examiner si une solution technique particulière fonctionnera ou évaluer la qualité du personnel clef. Cette méthode convient donc pour les articles ou services relativement standard, lorsque tous les aspects des propositions peuvent être évalués sans discussion, dialogue ou négociation avec les fournisseurs.

50. À cet égard, il importe de délimiter clairement la portée des aspects "qualitatifs et techniques" des propositions par rapport à leurs "aspects financiers". Dans ce contexte, l'expression "aspects financiers" désigne l'ensemble des aspects commerciaux des propositions qui ne peuvent être définis dans le cahier des charges, ainsi que le prix final. En particulier, les capacités financières des fournisseurs ou entrepreneurs, qui seront évaluées dans le cadre de l'examen de leurs propositions et qualifications, font partie des aspects "qualitatifs et techniques". Cependant, la distinction peut également varier d'un cas à l'autre. Par exemple, les obligations en matière d'assurance ou de garantie, les délais de

livraison et les conditions de garantie peuvent déterminer si une proposition répond ou non aux exigences minimales de l'entité adjudicatrice, auquel cas ces aspects de la proposition font partie des aspects "qualitatifs et techniques". Dans d'autres cas, ils seront énoncés parmi les conditions commerciales du contrat, et relèveront donc des aspects "financiers". Les réglementations, règlements ou autres orientations que doit publier l'organisme public de passation de marchés ou autre organisme similaire doivent être suffisamment clairs pour aider les entités adjudicatrices à garantir la clarté et la transparence de leurs exigences; si ce n'est pas le cas, la qualité des propositions en souffrira et le processus de passation risque d'être retardé en attendant que les incertitudes soient levées au moyen des mécanismes prévus aux articles 15 et 16 [**hyperliens**].

51. La méthode de passation de marchés prévue dans ce paragraphe ne convient donc pas lorsque le prix est le seul critère ou l'un des principaux critères d'attribution, ou lorsqu'une évaluation complète serait impossible sans une évaluation concomitante du prix et des critères autres que le prix. Ces situations se prêteraient à une méthode fondée sur l'appel d'offres se concentrant sur le prix et dans laquelle les aspects qualitatifs et techniques et les aspects financiers ne sont pas examinés et évalués successivement. L'entité adjudicatrice estimera peut-être qu'une méthode de passation fondée sur l'appel d'offres convient mieux également lorsqu'elle a de nombreuses exigences techniques. La demande de propositions sans négociation n'est pas indiquée non plus lorsqu'il faut négocier un des aspects des propositions (qu'il soit qualitatif, technique ou financier) puisque, comme l'appel d'offres, elle ne permet pas de dialogue ni de négociation (pour les types de passation de marchés dans lesquels un dialogue ou des négociations seraient appropriés et nécessaires, voir le commentaire sur les méthodes de passation de marchés visées au chapitre V [**hyperlien**]).

52. Concrètement, les propositions techniques et qualitatives seront soumises dans une enveloppe (ou son équivalent électronique) et devront être évaluées manuellement par des personnes dûment qualifiées. Pour les propositions répondant au cahier des charges, une seconde enveloppe (ou son équivalent électronique) contenant les aspects financiers est ouverte. Les aspects financiers peuvent faire l'objet d'une évaluation automatique.

53. Selon la Loi type, la demande de propositions sans négociation peut être utilisée, sous réserve des conditions qui la régissent, pour tous les types de passation, conformément à la décision de la CNUDCI de ne pas fonder le choix de la méthode de passation sur l'objet du marché (biens, travaux ou services) mais sur la nécessité de prendre en compte les circonstances de la passation de marché et d'assurer le plus de concurrence possible (article 28-2 de la Loi type; on trouvera les indications correspondantes aux paragraphes ** du commentaire, dans l'introduction du chapitre II [**hyperlien**]). Les États adoptants doivent néanmoins savoir que certaines banques multilatérales de développement recommandent, lorsque doivent être utilisées des méthodes de passation semblables à la demande de propositions sans négociation prévue dans la Loi type révisée, qu'elles le soient pour la passation de marchés de services bien définis qui ne soient ni complexes ni coûteux, tels que des services de consultants portant par exemple sur l'élaboration de programmes d'enseignement. De tels services sont habituellement externalisés car les entités adjudicatrices n'ont généralement pas les capacités internes pour réaliser ce type de tâches. Certaines banques multilatérales

de développement peuvent ne pas autoriser l'utilisation de cette méthode dans d'autres cas, du moins pour les projets qu'elles financent.

**Article 29-3. Conditions d'utilisation de la demande de propositions sans négociation [**hyperlien**]**

54. L'article 29-3 énonce les conditions d'utilisation de la demande de propositions sans négociation. En précisant que l'entité adjudicatrice peut recourir à cette méthode quand elle "a besoin" d'examiner les aspects financiers des propositions séparément de l'examen et de l'évaluation de leurs aspects qualitatifs et techniques, ces conditions visent à exiger l'existence d'une nécessité objective et démontrable pour l'utilisation de cette approche. Comme l'indiquent les procédures, cette méthode suppose un examen et une évaluation en deux temps, les aspects qualitatifs et techniques étant pris en considération les premiers. Ce n'est que si la proposition technique répond pleinement au cahier des charges de la demande de propositions que l'entité procède à l'examen du prix et des aspects financiers de la proposition. La question de la délimitation des aspects qualitatifs, techniques et financiers des propositions est examinée aux paragraphes ** ci-dessus.

**Article 35. La sollicitation dans les méthodes de passation fondées sur la demande de propositions, et son application particulière à la demande de propositions sans négociation [**hyperlien**]**

55. L'article 35 régit la sollicitation dans les méthodes de passation fondées sur la demande de propositions. La règle par défaut prévue par la Loi type pour ces méthodes est la sollicitation publique et sans restriction, conformément à l'explication de cette expression à la section ** du commentaire relatif à la deuxième partie du chapitre II [**hyperlien**]. Cela suppose une annonce invitant à participer au marché, la communication du dossier de sollicitation à tous ceux qui y répondent et le plein examen des qualifications et des soumissions des fournisseurs et entrepreneurs soumettant des offres ou autres propositions.

56. Dans le cas des procédures de demande de propositions, une exception énoncée à l'article 35-1 a) permet d'assouplir la règle par défaut précitée et d'utiliser la sollicitation directe lorsque l'objet du marché est disponible auprès d'un nombre restreint de fournisseurs ou d'entrepreneurs, ce qui peut se produire dans les circonstances où la demande de propositions sans négociation peut être utilisée. L'assouplissement de la règle par défaut suppose aussi que des propositions soient demandées à tous ces fournisseurs et entrepreneurs (voir article 35-2 a) [**hyperlien**]), et qu'un avis préalable de passation de marché soit publié conformément à l'article 35-3 [**hyperlien**]. Pour l'examen de ces exigences et de leurs conséquences, découlant notamment du risque d'apparition de fournisseurs inconnus comme suite à l'avis préalable, voir le commentaire sur la sollicitation dans l'introduction du chapitre IV [**hyperlien**])[1].

57. Lorsqu'une demande de propositions sans négociation est précédée d'une procédure de préqualification, la sollicitation est soumise aux règles distinctes de l'article 18 [**hyperlien**], dont les dispositions exigent aussi une sollicitation

---

[1] L'implication est que l'entité adjudicatrice n'est autorisée à rejeter aucune proposition non sollicitée. Le Groupe de travail pense-t-il qu'il soit nécessaire d'examiner la manière dont l'entité adjudicatrice devrait considérer les propositions de ce genre?

internationale suivant les mêmes modalités que celles prescrites à l'article 33 [**hyperlien**]. On trouvera d'autres indications dans le commentaire accompagnant ces articles [**hyperliens**]. Une fois terminée la procédure de préqualification, la demande de propositions doit être adressée à tous les fournisseurs préqualifiés.

58. Les exceptions à la règle par défaut exigeant la sollicitation internationale, mis à part celles où la passation de marché suit la procédure de préqualification visée à l'article 18 [**hyperlien**], sont énoncées à l'article 35-1 b) et c). Le paragraphe 1 c) énonce les mêmes exceptions à l'appel d'offres ouvert que l'article 33-4, à savoir les marchés nationaux et de faible valeur. Le commentaire concernant la deuxième partie du chapitre II [**hyperlien**] porte sur les questions de politique générale que pose la prise en compte de ces exceptions; elles découlent de la possibilité d'assouplir l'exigence de la publication internationale lorsque son coût est disproportionné par rapport aux avantages ou lorsqu'elle n'a tout simplement pas lieu d'être.

59. Une autre exception énoncée au paragraphe 1 b) revient à donner le choix entre sollicitation ouverte et sollicitation directe. Tenant compte du fait que dans certains cas l'exigence d'une sollicitation ouverte pourrait être inappropriée ou aller à l'encontre des objectifs d'économie et d'efficacité, le paragraphe 2 de l'article énonce les cas où l'entité adjudicatrice peut utiliser la sollicitation directe. Deux cas peuvent se présenter: lorsque 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 (article 35-2 a) [**hyperlien**]) ou lorsque le temps et les frais nécessaires pour examiner et évaluer un grand nombre d'offres seraient disproportionnés par rapport à la valeur de l'objet du marché (article 35-2 b) [**hyperlien**]). Les considérations que suscitent l'autorisation et l'utilisation de la sollicitation directe dans ces circonstances sont examinées aux paragraphes ** du commentaire dans l'introduction du chapitre IV [**hyperlien**].

60. L'article 35-2 c) énonce un troisième motif pouvant justifier le recours à la sollicitation directe dans les procédures de demande de propositions: la passation de marchés mettant en jeu des informations classifiées. Dans de tels cas, l'entité adjudicatrice doit également solliciter des propositions d'un nombre suffisant de fournisseurs ou d'entrepreneurs pour assurer une concurrence effective.

61. L'article 35, paragraphes 3 et 4, vise à assurer la transparence et la responsabilité lorsque la sollicitation directe est utilisée. Le paragraphe 3 exige que l'entité adjudicatrice indique dans le procès-verbal de la procédure de passation de marché les raisons et circonstances sur lesquelles elle s'est fondée pour justifier le recours à la sollicitation directe dans la procédure de demande de propositions. Le paragraphe 4 exige qu'elle fasse publier un avis préalable de passation de marché (en vertu de l'article 33-5 [**hyperlien**]) (sauf si une telle publication porte atteinte à des informations classifiées) lorsqu'elle recourt à la sollicitation directe. Les raisons, le contenu et la forme de ces avis sont examinés dans le commentaire sur la deuxième partie du chapitre II [**hyperlien**].

### Article 47. Demande de propositions sans négociation [**hyperlien**]

62. L'article 47 régit les procédures de passation de marchés dans lesquelles il est recouru à la demande de propositions sans négociation. Le paragraphe 1, en

renvoyant à l'article 35 de la Loi type, rappelle que la sollicitation publique, internationale et sans restriction est la règle par défaut. Les exceptions à cette règle sont énoncées dans la section précédente.

63. L'invitation à participer à la procédure de demande de propositions sans négociation doit contenir au minimum les renseignements énumérés au paragraphe 2, destinés à aider les fournisseurs ou entrepreneurs à déterminer s'ils souhaitent prendre part à la procédure et s'ils remplissent les conditions requises à cette fin et, dans l'affirmative, comment ils peuvent participer. Les dispositions pertinentes sont semblables à celles qui s'appliquent à l'invitation à soumettre une offre (article 37 [**hyperlien**]). Énonçant le minimum requis, elles n'empêchent pas l'entité adjudicatrice d'ajouter les renseignements qu'elle juge opportuns. L'entité adjudicatrice doit tenir compte du fait qu'habituellement l'invitation est brève et contient les renseignements les plus importants concernant la passation de marché, qui sont les plus utiles au stade initial de la procédure. Tous les autres renseignements sur la passation de marché, précisant également les renseignements fournis dans l'invitation, figurent dans la demande de propositions (voir article 47-4). Cette solution contribue à éviter les répétitions, les éventuelles incohérences et la confusion dans le contenu des documents que l'entité adjudicatrice communique aux fournisseurs ou entrepreneurs. Néanmoins, si l'entité adjudicatrice utilise des moyens électroniques de publicité et de communication, elle peut insérer dans l'invitation un lien Web vers les conditions de la demande de propositions. Cette solution s'avère avantageuse en termes d'efficacité et de transparence.

64. Le paragraphe 2 e) se réfère aux exigences minimales concernant les caractéristiques techniques et qualitatives auxquelles les propositions doivent satisfaire pour être jugées conformes. Cette disposition concerne à la fois le seuil à établir pour rejeter les propositions et l'attribution d'une note aux propositions atteignant ou dépassant ce seuil. Une présentation précise des exigences minimales et des critères d'évaluation (qui doivent aussi être communiqués en vertu de ce paragraphe) est essentielle pour permettre la soumission de propositions de qualité.

65. Le paragraphe 3 précise à quel groupe de fournisseurs ou d'entrepreneurs doit être adressée la demande de propositions. En fonction des circonstances de la passation de marché considérée, il peut s'agir de l'ensemble des fournisseurs ou entrepreneurs répondant à l'invitation conformément aux procédures et conditions qui y sont spécifiées; s'il y a eu préqualification, uniquement ceux qui sont préqualifiés; ou, dans le cas d'une sollicitation directe, seulement ceux qui sont directement invités. Les dispositions contiennent une clause standard également présente dans d'autres articles de la Loi type dans un contexte semblable, selon laquelle le prix pouvant être exigé pour la demande de propositions ne doit pas dépasser le coût de sa distribution aux fournisseurs ou entrepreneurs (voir le commentaire sur l'article [...] pour un examen plus approfondi de cette limitation).

66. Le paragraphe 4 contient une liste des renseignements minimaux à inclure dans la demande de propositions afin d'aider les fournisseurs ou entrepreneurs à établir leurs propositions et de permettre à l'entité adjudicatrice de comparer ces dernières sur une même base. Cette liste est également très semblable, par son niveau de précision et son contenu, aux dispositions régissant la teneur du dossier de sollicitation dans la procédure d'appel d'offres (article 39) [**hyperlien**]. Les différences, qui découlent des caractéristiques propres à cette méthode de passation,

visent à assurer que les aspects financiers des propositions soient présentés en même temps que les aspects qualitatifs et techniques mais séparément. Comme il est expliqué plus haut, l'entité adjudicatrice n'aura accès aux aspects financiers des propositions que lorsqu'elle en aura évalué les aspects techniques et qualitatifs. Elle peut ne pas fournir les renseignements sur la monnaie de paiement visés à l'alinéa 4 c) en cas de passation d'un marché national, si les circonstances les rendent superflus.

67. Les paragraphes 5 à 10 de l'article régissent les étapes successives de l'examen et de l'évaluation des propositions dans cette méthode de passation. Ils empêchent que l'entité adjudicatrice soit influencée par les aspects financiers lorsqu'elle évalue les aspects qualitatifs et techniques des propositions et attribue une note aux fournisseurs ou entrepreneurs à l'issue de cette évaluation. Plusieurs dispositions de ces paragraphes visent à garantir la transparence et l'intégrité du processus. Les paragraphes 6 à 8, par exemple, exigent que les résultats de l'évaluation des aspects techniques et qualitatifs des propositions soient rapidement consignés au procès-verbal de la procédure de passation de marché et communiqués à tous les fournisseurs ou entrepreneurs ayant soumis des propositions. Des règles spéciales s'appliquent aux fournisseurs ou entrepreneurs dont les propositions ont été rejetées à l'issue de cette évaluation: ils doivent être promptement informés non seulement du rejet de leur proposition mais également des motifs de ce rejet, et les enveloppes non ouvertes contenant les aspects financiers de leur proposition doivent leur être renvoyées. Ces dispositions sont essentielles pour assurer un retour d'information rapide aux fournisseurs et permettre aux fournisseurs lésés d'engager un recours efficace. (Pour un examen plus détaillé des avantages et modalités de ce retour d'information, voir la [**section ** du commentaire général et la section ** de l'introduction du chapitre VIII] [**hyperliens**].)

68. Les paragraphes 8 et 9 prévoient la présence à l'ouverture des secondes enveloppes (celles qui contiennent les aspects financiers) des fournisseurs ou entrepreneurs dont les propositions ont satisfait aux exigences minimales en ce qui concerne les aspects qualitatifs et techniques. Ceux-ci peuvent ainsi s'assurer de l'exactitude des informations les intéressant annoncées par l'entité adjudicatrice au moment de l'ouverture des enveloppes, concernant par exemple les notes attribuées à leurs propositions et leurs aspects financiers, et observer si la proposition retenue l'est conformément aux critères et à la procédure énoncés dans la demande de propositions.

69. La Loi type régit les cas complexes où l'entité évalue séparément tous les aspects des propositions puis combine les résultats de ces évaluations pour déterminer quelle est la proposition à retenir. Le paragraphe 10 définit donc la proposition à retenir dans cette méthode de passation comme la proposition recueillant la meilleure évaluation compte tenu à la fois des critères autres que le prix, spécifiés dans la demande de propositions, et du prix. Les États adoptants devraient toutefois avoir à l'esprit que lorsque l'objet du marché est simple, l'entité adjudicatrice peut sélectionner la proposition à retenir sur la base du prix des propositions satisfaisant aux exigences techniques et qualitatives minimales, à condition que les critères d'évaluation énoncés dans l'invitation et dans la demande de propositions mentionnent cette possibilité. Cette solution peut convenir aux situations où l'entité ne doit pas évaluer les aspects qualitatifs et techniques des propositions et attribuer des notes mais fixe plutôt un seuil permettant de mesurer

ces aspects à un niveau tel que tous les fournisseurs ou entrepreneurs dont les propositions atteignent ou dépassent ce seuil peuvent, selon toute probabilité, exécuter le marché à un niveau de compétence plus ou moins équivalent. Dans de tels cas, il ne devrait pas être nécessaire non plus d'évaluer d'autres aspects financiers des propositions que le prix.

**A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.10 (Original: anglais)**

**Note du Secrétariat concernant le Guide révisé pour l'incorporation qui accompagnera la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa vingt et unième session**

ADDITIF

Le présent additif contient une proposition concernant le texte du Guide qui accompagnera le chapitre V de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics et se compose d'une introduction et d'un commentaire sur l'appel d'offres en deux étapes (article 48) ainsi que sur des articles connexes du chapitre II (articles 30 et 33).

# GUIDE POUR L'INCORPORATION DANS LE DROIT INTERNE DE LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LA PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS

## Deuxième partie. Commentaire par article

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

### A. Introduction

#### Résumé analytique

1. Le chapitre V de la Loi type énonce les procédures à suivre pour cinq des diverses méthodes de passation des marchés qui peuvent remplacer l'appel d'offres ouvert, à savoir l'appel d'offres en deux étapes [**hyperlien**], la demande de propositions avec dialogue [**hyperlien**], la demande de propositions avec négociations consécutives [**hyperlien**], les négociations avec appel à la concurrence [**hyperlien**] et la sollicitation d'une source unique [**hyperlien**]. Bien qu'elles n'aient pas d'application type unique, ces méthodes ont en commun de prévoir la tenue de discussions, d'un dialogue ou de négociations entre l'entité adjudicatrice et les fournisseurs ou entrepreneurs.

2. S'agissant de l'appel d'offres en deux étapes et de la demande de propositions avec dialogue, le recours à l'une ou l'autre de ces méthodes est indiqué principalement, en premier lieu, lorsque l'entité adjudicatrice est dans l'impossibilité de déterminer et de décrire ses besoins de la manière précise et

détaillée prescrite à l'article 10 de la Loi type et, en deuxième lieu, lorsqu'elle juge nécessaire des échanges avec les fournisseurs ou entrepreneurs a) pour préciser ses besoins et les présenter dans une description commune (appel d'offres en deux étapes) ou b) pour définir ses besoins et solliciter des propositions qui y répondent (demande de propositions avec dialogue). On peut aussi avoir recours à ces deux méthodes en cas d'échec de l'appel d'offres; la demande de propositions est aussi applicable dans d'autres circonstances, comme l'indique le commentaire relatif à cette méthode de passation de marché.

3. S'agissant de la demande de propositions avec négociations consécutives, le recours à cette méthode est indiqué lorsque l'entité adjudicatrice a besoin d'examiner et de négocier les aspects financiers des propositions seulement une fois achevée l'évaluation de leurs aspects qualitatifs et techniques; les négociations se font uniquement avec les fournisseurs ou entrepreneurs soumettant des propositions conformes.

4. Les négociations avec appel à la concurrence et la sollicitation d'une source unique sont des méthodes de passation de marché tout à fait exceptionnelles, auxquelles le recours n'est possible que dans des conditions restreintes qui diffèrent grandement des circonstances préconisées pour les méthodes du chapitre V citées ci-dessus. Les négociations avec appel à la concurrence et la sollicitation d'une source unique ne devraient donc pas être considérées comme pouvant se substituer aux autres méthodes susmentionnées. Elles figurent au chapitre V essentiellement parce qu'elles impliquent des échanges entre l'entité adjudicatrice et les fournisseurs ou entrepreneurs. Le recours à ces méthodes est indiqué dans diverses circonstances: elles s'appliquent essentiellement dans le cas de marchés urgents ou extrêmement urgents, lorsqu'il y a un fournisseur exclusif ou qu'il faut assurer la cohérence avec des achats précédents, et afin de répondre à des passations de marchés mettant en jeu des informations classifiées ou des besoins spéciaux en matière de sécurité. Les négociations se font avec tous les participants (négociations avec appel à la concurrence, menées de façon concomitante) ou avec l'unique participant (sollicitation d'une source unique).

5. Les échanges entre l'entité adjudicatrice et les fournisseurs ou entrepreneurs lors de l'appel d'offres en deux étapes (nommés discussions) et de la demande de propositions avec dialogue (nommés dialogue) se distinguent des négociations proprement dites qui caractérisent la demande de propositions avec négociations consécutives, les négociations avec appel à la concurrence et la sollicitation d'une source unique.

## Incorporation: considérations de politique générale

6. Les méthodes de passation visées au chapitre V pouvant être utilisées dans des circonstances très diverses, la majorité des questions de politique générale qu'elles soulèvent respectivement sont traitées dans le commentaire relatif à chacune de ces méthodes. On peut néanmoins recenser certaines questions qui valent de manière générale.

7. La première grande considération de politique générale est que les États adoptants devraient prévoir une méthode de passation permettant à l'entité adjudicatrice d'avoir des échanges avec les fournisseurs ou entrepreneurs potentiels

ou bien avec les acteurs du marché commercial, lorsqu'il ne lui est pas possible de fournir une description de ses besoins et des conditions de la passation du marché conformément à l'article 10 [**hyperlien**] et aux exigences en matière de renseignements à communiquer dans le dossier de sollicitation (notamment telles qu'elles apparaissent dans l'article 39 à l'égard de l'appel d'offres ouvert [**hyperlien**]). Un moyen pour l'entité adjudicatrice de connaître l'offre disponible sur le marché est de demander à un acteur du marché en question ou à un autre consultant de rédiger lui-même cette description, dans le cadre d'une procédure distincte de la passation de marché concernée (qui pourrait alors être un appel d'offres ouvert, généralement avec préqualification). Cette approche comporte plusieurs risques susceptibles de compromettre le rapport qualité-prix et l'efficacité. Tout d'abord, la conduite de deux procédures plutôt qu'une pourrait entraîner des coûts et des délais administratifs supplémentaires. Deuxièmement, en limitant ses échanges à un seul fournisseur ou consultant, l'entité court le risque de ne pas pouvoir identifier les possibilités commerciales les plus récentes. Troisièmement, les règles en matière d'avantage concurrentiel injuste visées à l'article 21 [**hyperlien**] interdisent au consultant de participer à la passation qui suivra: les fournisseurs ne seront probablement pas disposés à servir de consultants à cause de ces règles et, en tout état de cause, du point de vue de l'entité adjudicatrice, un fournisseur ne peut participer à la fois à la conception et à la fourniture finale. Par conséquent, il convient d'utiliser une autre approche.

8. L'appel d'offres en deux étapes, comme l'indique le commentaire ci-dessous relatif à l'article [**hyperlien**] régissant cette méthode, autorise l'entité adjudicatrice à engager des discussions avec les fournisseurs potentiels au sujet des aspects techniques et qualitatifs (mais non des aspects financiers) de ses besoins, dans le cadre d'un processus transparent et structuré. Les discussions aboutissent à l'établissement d'une description unique et commune des besoins, des exigences et spécifications techniques et d'autres conditions; les fournisseurs et entrepreneurs soumettent alors des offres correspondant à cette description. À cet égard, l'entité adjudicatrice est chargée de préparer la description puis d'examiner et d'évaluer les offres au regard de celle-ci. Le succès de la méthode présuppose que les participants dévoilent effectivement les solutions techniques proposées et que l'entité adjudicatrice parvienne à les regrouper pour finaliser la description de ses besoins et d'autres conditions.

9. Ainsi que l'indique le commentaire ci-après [**hyperlien**], la demande de propositions avec dialogue est similaire à l'appel d'offres en deux étapes d'un point de vue procédural. Elle s'en distingue néanmoins sur plusieurs points. La méthode autorise l'entité adjudicatrice à engager avec les fournisseurs potentiels des discussions relatives aux aspects techniques, qualitatifs et financiers de ses besoins, également dans le cadre d'un processus transparent et structuré. Ce dernier aboutit à une demande de meilleures offres définitives pour répondre aux besoins de l'entité adjudicatrice, qui établit non pas, toutefois, un ensemble unique et commun de spécifications techniques mais seulement des exigences techniques minimales. Les meilleures offres définitives peuvent présenter diverses solutions techniques pour répondre aux besoins; dans ce sens, les fournisseurs et entrepreneurs sont chargés de concevoir les solutions techniques. L'entité adjudicatrice examine ces solutions pour vérifier si elles satisfont à ses besoins; une évaluation des solutions qui respecte à la fois le principe de concurrence et celui d'égalité est plus complexe dans cette méthode que dans l'appel d'offres en deux étapes.

10. Étant donné la nécessité de prévoir un mécanisme permettant à l'entité adjudicatrice de se renseigner auprès des acteurs du marché sur les moyens de répondre à ses besoins, les États adoptants sont encouragés à proposer au moins une des deux méthodes, soit l'appel d'offres en deux étapes soit la demande de propositions. L'acquisition d'articles aux caractéristiques techniques complexes, la fourniture et l'installation d'usines, la construction de routes et l'acquisition de véhicules à usage spécial sont au nombre des circonstances dans lesquelles l'appel d'offres en deux étapes s'est avéré une solution idoine (d'autres exemples sont énumérés ci-après [**hyperlien**]). S'agissant de ces exemples, il est possible de rédiger des spécifications détaillées dès le début de la passation de marché mais, suite à des discussions avec les fournisseurs, l'entité adjudicatrice peut préciser certains aspects techniques de l'objet du marché en fonction des renseignements obtenus (notamment en ce qui concerne des méthodes ou des matériels plus élaborés disponibles sur le marché). La méthode présuppose la capacité à expliquer les besoins de l'entité adjudicatrice et à évaluer les informations communiquées en retour par les fournisseurs, et exige des structures permettant d'éviter la sélection abusive de la solution technique d'un fournisseur privilégié.

11. Les projets d'infrastructures (par exemple la fourniture de logements faisant intervenir différents types et méthodes de construction ainsi que différents aspects commerciaux) et certains marchés de haute technologie dans un contexte où l'offre disponible est en rapide évolution sont au nombre des circonstances dans lesquelles la demande de propositions avec dialogue s'est avérée efficace. La méthode exige la capacité à engager le type de dialogue envisagé, notamment en ce qui concerne la présentation et l'explication des besoins ainsi que l'examen et l'évaluation de différentes solutions techniques, ainsi que des structures permettant d'éviter les abus potentiels consistant à communiquer des informations différentes à chacun des fournisseurs durant le dialogue, afin d'en privilégier certains. Les États adoptants devraient savoir que certaines banques multilatérales de développement peuvent éprouver des difficultés d'ordre général à autoriser l'utilisation de cette méthode dans le cadre de projets qu'elles financent.

12. Une deuxième grande considération de politique générale, qui tient au manque de transparence inhérent à la passation négociée, a trait à la mise en place d'une structure et de garanties procédurales pour l'utilisation des méthodes reposant sur des négociations proprement dites entre l'entité adjudicatrice et les fournisseurs ou entrepreneurs. La première méthode concernée est la demande de propositions avec négociations consécutives. Les services de conseil, notamment sous forme d'études juridiques et financières, d'études de conception, d'études environnementales et de travaux d'ingénierie, ainsi que la fourniture d'espaces de bureaux à l'intention de fonctionnaires sont au nombre des circonstances dans lesquelles cette méthode s'est avérée efficace dans la pratique. La méthode exige la capacité à négocier – au sens propre du terme – avec le secteur privé sur les aspects financiers ou commerciaux des propositions. Les États adoptants devraient savoir que certaines banques multilatérales de développement n'autorisent l'utilisation de cette méthode que pour la passation de marchés de services de conseil dans le cadre de projets qu'elles financent.

13. Les autres méthodes de passation visées au chapitre V – les négociations avec appel à la concurrence et la sollicitation d'une source unique, qui revêtent un caractère tout à fait exceptionnel – ont elles aussi en commun de prévoir de telles

négociations. Les circonstances dans lesquelles ces méthodes peuvent être utilisées sont variées, et le commentaire ci-après [**hyperlien**] présente des questions particulières que soulève leur application. Les États adoptants devraient veiller à ce que les garanties énoncées dans les procédures ne soient pas vidées de leur substance, pour éviter de compromettre les principaux objectifs de la Loi type.

14. Les méthodes de sollicitation associées aux méthodes de passation du chapitre V ne soulèvent aucune nouvelle question; les États adoptants sont renvoyés aux commentaires relatifs au chapitre II, deuxième partie [**hyperlien**] et à l'introduction sur les méthodes du chapitre IV [**hyperlien**], traitant en particulier des questions posées par la sollicitation directe.

## Questions d'application et d'utilisation

15. De toute évidence, l'entité adjudicatrice dispose d'une grande latitude pour évaluer l'applicabilité des conditions d'utilisation des méthodes du chapitre V; des règlements, règles ou orientations peuvent contribuer à renforcer l'objectivité avec laquelle elle évaluera des circonstances données. Comme elle procèdera à cette évaluation pendant la phase de planification du marché, le système de passation devrait aussi exiger que cette étape soit entièrement documentée et consignée par écrit.

16. Une deuxième question qui se pose à l'égard de toutes ces méthodes de passation concerne la capacité à engager des discussions, un dialogue ou des négociations – à la fois pour expliquer les besoins de l'entité adjudicatrice de façon à ce qu'ils soient pleinement et également compris par tous les participants, et pour évaluer les offres, propositions et meilleures offres définitives. Cette capacité exige notamment que l'entité adjudicatrice soit en mesure d'engager des négociations efficaces avec le secteur privé, afin que ses besoins soient adéquatement satisfaits. Si les compétences en la matière sont limitées ou font défaut au sein même de l'entité adjudicatrice, les règlements ou les règles et orientations de l'organisme de passation des marchés publics ou d'une autre entité devraient aborder la possibilité pour l'entité de se faire aider par des experts externes, dont l'assistance serait fournie par le biais d'un organisme central ou autre.

17. La capacité dont il est question dans la section précédente requiert plus d'explications que ne saurait en fournir une loi type. Les États adoptants devraient reconnaître que les règles et procédures apportant des garanties ne suffiront pas à elles seules. Elles doivent être appuyées par un cadre institutionnel approprié, des mesures de bonne gouvernance, des normes d'administration rigoureuses et des personnels chargés de la passation hautement qualifiés. L'expérience des banques multilatérales de développement montre que la mise en place des garanties et des cadres institutionnels préalablement requis pour utiliser les méthodes de passation de marché visées au chapitre V s'est révélée être l'une des réformes les plus difficiles à mettre en œuvre[1].

---

[1] Le Groupe de travail devrait noter que les experts consultés ont estimé que le fait de limiter le commentaire à la demande de propositions avec dialogue, comme le faisait la version initiale du commentaire, représentait une restriction inutile. Aussi le commentaire tel qu'il est rédigé maintenant s'applique-t-il à toutes les méthodes de passation du chapitre V. Le Groupe de travail

18. Les États adoptants devraient noter l'importance particulière que les dispositions de l'article 24 [**hyperlien**] sur la confidentialité revêtent dans toutes les méthodes de passation de marché visées au chapitre V. Les risques de divulgation, par inadvertance ou autrement, de renseignements commercialement sensibles (qui ne se limitent pas aux prix) concernant des fournisseurs ou des entrepreneurs concurrents sont inhérents aux méthodes du chapitre V, à l'exception de la sollicitation d'une source unique. La communication d'informations importantes à des fournisseurs privilégiés ou uniquement à certains fournisseurs constitue un autre risque. Les États adoptants sont encouragés à inclure des mesures de contrôle, dont l'audit, à évaluer l'utilisation des méthodes dans la pratique, et à formuler des orientations relatives à des outils de gestion favorisant l'utilisation efficace de ces méthodes[2]. Il convient de ne pas sous-estimer l'importance de telles garanties si l'on veut préserver l'intégrité et l'équité du processus de passation ainsi que la confiance du public à son endroit et si l'on veut assurer la participation des fournisseurs et entrepreneurs aux procédures actuelles et futures faisant intervenir des échanges.

## B. Commentaire des méthodes de passation de marché du chapitre V

19. Afin de faciliter la lecture, le commentaire ci-après accompagnant chacune des méthodes de passation de marché visées au chapitre V comporte les éléments suivants: une description générale de la méthode et un exposé des principales questions de politique générale qu'elle soulève, ainsi qu'un commentaire de ses conditions d'utilisation, de ses règles de sollicitation et de ses articles de procédure. Les procédures sont exposées au chapitre V mais, comme les conditions d'utilisation et les règles de sollicitation le sont au chapitre II, le commentaire renvoie aussi aux questions que soulèvent les dispositions pertinentes du chapitre II [**hyperlien**], en les approfondissant si nécessaire.

### Appel d'offres en deux étapes

Description générale et principales questions de politique générale

20. La procédure en deux étapes utilisée dans cette méthode de passation des marchés a pour objet de combiner deux éléments. Il s'agit en premier lieu de permettre à l'entité adjudicatrice, par l'examen des aspects techniques des offres et par des discussions facultatives à leur propos, de préciser et d'arrêter les conditions de la passation qu'elle n'aurait pas été en mesure d'exprimer adéquatement – c'est-à-dire dans les détails qu'impose l'article 10 de la Loi type [**hyperlien**] – au début de la procédure. Il s'agit en deuxième lieu de garantir que la sélection de l'offre à retenir dans le cadre des appels d'offres en deux étapes se fera avec le même niveau d'objectivité et de concurrence qu'offrent les procédures prévues pour l'appel d'offres ouvert au chapitre III [**hyperlien**].

---

souhaitera peut-être examiner le texte sous cet angle.

[2] La question se pose de savoir si le texte devrait mentionner le recours à des "agents de probité" indépendants, qui peuvent observer le déroulement des échanges. Les échanges comme terreau de la corruption constituent un aspect fondamental de la Convention des Nations Unies contre la corruption.

21. L'appel d'offres en deux étapes existe depuis longtemps dans divers systèmes (il en est également question dans la version précédente de la Loi type et dans les directives des banques multilatérales de développement en matière de passation de marchés). Il a été utilisé avec succès par exemple dans les marchés de biens faisant appel à des techniques de pointe, comme de gros avions de transport de passagers, des systèmes informatiques ou de communication, des équipements techniques, et dans les marchés d'infrastructures, notamment pour des installations importantes d'une grande complexité ou des travaux d'un type particulier. Dans de telles situations, il peut paraître évident que l'entité adjudicatrice a peu de chances d'obtenir le meilleur rapport qualité-prix si elle rédige, dès le début et sans examiner ce que les fournisseurs en place ont à offrir, une description complète du marché énonçant toutes les spécifications techniques, toutes les caractéristiques en matière de qualité et de performance de l'objet, toutes les compétences nécessaires des fournisseurs ou entrepreneurs et toutes les conditions de la passation.

22. Lors de la première étape, l'entité adjudicatrice fournit dans le dossier de sollicitation un ensemble complet ou partiel de spécifications techniques ainsi que des détails relatifs aux autres caractéristiques, compétences et conditions susmentionnées. Les fournisseurs ou entrepreneurs potentiels sont invités à soumettre des offres initiales en réponse au dossier de sollicitation. Ces offres initiales proposent des solutions techniques correspondant aux capacités exactes et aux variantes possibles de ce qui existe sur le marché et, éventuellement, des précisions à apporter aux spécifications techniques et/ou aux autres caractéristiques, compétences ou conditions.

23. L'entité adjudicatrice peut demander aux fournisseurs ayant soumis des offres initiales conformes de donner des éclaircissements à propos de leurs offres et engager avec eux des discussions au sujet de celles-ci en vertu respectivement des articles 16 et 48 [**hyperliens**]. Elle utilise les renseignements ainsi obtenus pour arrêter en connaissance de cause l'ensemble unique et définitif de spécifications techniques et la portée définitive des travaux.

24. Lors de la deuxième étape, les fournisseurs ou entrepreneurs présentent leurs offres définitives (qui comportent alors des engagements en matière de prix) correspondant à la solution technique unique définitive et à la description complète et définitive du marché, figurant dans la demande de présentation des offres définitives. L'entité adjudicatrice demeure donc chargée de concevoir la solution technique, de déterminer la portée des travaux et de fixer les conditions de la passation du marché tout au long de la procédure; il appartient ensuite au fournisseur ou à l'entrepreneur auquel le marché est attribué de livrer l'objet correspondant à la solution conçue et de répondre aux conditions énoncées. Dans ce contexte, il convient de noter que les besoins exprimés initialement dans le dossier de sollicitation porteront probablement avant tout sur les aspects fonctionnels de l'objet du marché, de sorte que la deuxième étape permet de préciser les aspects techniques pour les inclure dans la demande de présentation des offres définitives.

25. L'entité adjudicatrice n'est pas autorisée à solliciter d'engagements en matière de prix auprès des fournisseurs ou entrepreneurs potentiels à l'égard des solutions qu'ils ont proposées dans le cadre de la première étape de la procédure; les fournisseurs ou entrepreneurs ne prennent pas d'engagement en matière de prix lors de cette étape, et l'entité adjudicatrice n'est pas autorisée à demander de telles informations à un soumissionnaire pendant les discussions.

26. La référence à la tenue de “discussions” reflète la nature itérative du processus. En outre, ce terme opère une distinction entre la nature des échanges qui peuvent être menés dans le cadre de cette méthode – qui ne peuvent porter ni sur le prix de l’offre ni sur d’autres aspects financiers du marché – et la négociation à proprement parler qui peut avoir lieu dans le cadre d’autres méthodes de passation de marchés régies par les dispositions du chapitre V de la Loi type. Cette méthode diffère des autres méthodes visées au chapitre V notamment en ce qu’elle permet aux soumissionnaires d’aider l’entité à définir les spécifications techniques et la portée des travaux (et également en ce qu’elle ne permet à aucun moment de demander ou d’obtenir d’engagements en matière de prix auprès des soumissionnaires). Néanmoins, certaines exigences qualitatives peuvent avoir un impact commercial, comme l’acquisition ou le transfert de droits de propriété intellectuelle: ces aspects peuvent à juste titre figurer parmi les conditions de la passation de marché et être discutés avec les fournisseurs. Par exemple, le dossier de sollicitation exigera peut-être des solutions pour l’utilisation de la propriété intellectuelle (ces droits pourraient être pris sous licence ou acquis). Dans ce cas, ces exigences font partie des aspects techniques du marché. Dans le cas contraire, les coûts liés à l’utilisation de la propriété intellectuelle concernée feront simplement partie du prix de l’offre soumis à la deuxième étape. De telles discussions permettront à l’entité adjudicatrice d’estimer le supplément à payer pour une amélioration particulière ainsi que les avantages qui découleraient du paiement de ce supplément, et de décider en connaissance de cause d’incorporer ou non une telle amélioration à la description révisée des spécifications techniques et de la portée des travaux.

27. La souplesse et les avantages potentiels décrits ci-dessus ne sont pas exempts de risque. En particulier, on court le risque que l’entité adjudicatrice adapte les conditions définitives de la passation à un fournisseur précis (indépendamment de la tenue ou non de discussions. Il convient toutefois de reconnaître que ce risque existe aussi dans les procédures d’appel d’offres ouvert, surtout lorsque des consultations informelles précèdent la passation). Les dispositions sur la transparence applicables à toutes les procédures d’appel d’offres devraient limiter le risque de voir la passation faussée pour favoriser un fournisseur précis.

28. Cette méthode est structurée. Les règles de l’appel d’offres ouvert régissent la procédure de sollicitation et la sélection de l’offre à retenir dans l’appel d’offres en deux étapes (voir les articles 33 et 48 de la Loi type [**hyperliens**] et le commentaire dans la deuxième partie du chapitre II, et les paragraphes ** du commentaire abordant l’appel d’offres ouvert visé au chapitre III [**hyperliens**]).

### Article 30-1. Conditions d’utilisation de l’appel d’offres en deux étapes [**hyperlien**]

29. Le paragraphe 1 de l’article 30 prévoit les conditions d’utilisation de l’appel d’offres en deux étapes. L’alinéa a) traite de la passation de marchés complexes et perfectionnés sur le plan technique. La nécessité d’avoir recours à cette méthode de passation dans un tel cas peut s’imposer dès l’étape de la planification du marché, comme il est noté ci-dessus [**hyperlien**]. Après avoir examiné les offres initiales, l’entité adjudicatrice peut tenir des discussions avec les fournisseurs et entrepreneurs qui ont proposé des solutions techniques répondant à ses exigences minimales.

30. Le paragraphe 1 b) traite d'une situation différente, à savoir lorsqu'une procédure d'appel d'offres ouvert a été engagée, mais a échoué. (Cette condition permet aussi de recourir à la demande de propositions avec dialogue, comme en dispose le paragraphe 2 d).) Dans ce genre de situation, l'entité adjudicatrice doit analyser les raisons d'un tel échec. Si elle parvient à la conclusion que ses difficultés à formuler des conditions de passation suffisamment précises en sont la cause, elle estimera peut-être qu'une procédure en deux étapes impliquant les fournisseurs est la meilleure solution. L'entité adjudicatrice tiendra également compte des raisons de cet échec pour choisir entre l'appel d'offres en deux étapes conformément au paragraphe 1 b) et la demande de propositions avec dialogue conformément au paragraphe 2 d): s'il est possible et approprié de formuler un ensemble unique de conditions (y compris une solution technique unique) pour la passation, l'appel d'offres en deux étapes sera la méthode à appliquer. L'entité adjudicatrice pourra faire appel aux fournisseurs ou entrepreneurs pour l'aider à formuler ces conditions selon que de besoin. (Par contre, si elle estime qu'il n'est pas possible ou approprié de formuler une solution technique unique, la demande de propositions avec dialogue sera peut-être la meilleure solution – voir le commentaire sur cette méthode au [...] [**hyperlien**].)

**Article 33. Sollicitation dans le cas de l'appel d'offres en deux étapes [**hyperlien**]**

31. La sollicitation dans l'appel d'offres en deux étapes suit les règles de l'appel d'offres ouvert énoncées à l'article 33 [**hyperlien**], car l'article 48 [**hyperlien**] applique à l'appel d'offres en deux étapes les dispositions du chapitre III [**hyperlien**] (sauf dans la mesure où il y déroge). Une des caractéristiques clefs de l'appel d'offres ouvert, à savoir la sollicitation publique et sans restriction de la participation des fournisseurs ou entrepreneurs, est donc exigée dans l'appel d'offres en deux étapes.

32. Cette exigence fait de la sollicitation publique, internationale et sans restriction la règle par défaut, telle que celle-ci est expliquée plus avant dans le commentaire de la deuxième partie du chapitre II [**hyperlien**]. L'obligation de recourir à la sollicitation publique et sans restriction n'admet aucune exception (sauf lorsque des procédures de préqualification précèdent l'appel d'offres ouvert, comme l'autorise l'article 18 [**hyperlien**], la sollicitation n'étant alors adressée qu'aux fournisseurs préqualifiés. Dans ce cas, les procédures de préqualification exigent également une invitation ouverte à participer, de manière à préserver le principe de la sollicitation ouverte).

33. L'article 33-4 admet quelques exceptions à l'obligation de recourir à la sollicitation internationale, comme l'explique aussi le commentaire de la deuxième partie du chapitre II [**hyperlien**]. Ces exceptions ne sont permises que pour prendre en compte la passation de marchés nationaux ou de faible valeur. Ainsi, dans tous les autres cas, l'invitation à participer à l'appel d'offres doit être publiée à la fois dans la publication indiquée par les règlements en matière de passation des marchés et au niveau international, dans une publication en garantissant l'accès effectif aux fournisseurs et entrepreneurs de l'étranger.

34. Le commentaire de la deuxième partie du chapitre II [**hyperlien**] fournit des orientations supplémentaires en matière de sollicitation.

**Article 48. Appel d'offres en deux étapes [**hyperlien**]**

35. L'article 48 réglemente les procédures de l'appel d'offres en deux étapes. Le paragraphe 1 rappelle que les règles de l'appel d'offres ouvert s'appliquent à l'appel d'offres en deux étapes, sauf lorsque les procédures propres à ce dernier exigent des modifications. Certaines règles de l'appel d'offres ouvert sont applicables sans modification, comme par exemple celles qui concernent les procédures de sollicitation des offres (article 36 [**hyperlien**]), la teneur de l'invitation à soumettre une offre (article 37 [**hyperlien**]) et la communication du dossier de sollicitation (article 38 [**hyperlien**]). D'autres règles du chapitre III exigent une modification en raison des particularités de l'appel d'offres en deux étapes décrites aux paragraphes 2 à 4 de l'article 48. Par exemple les dispositions de l'article 38 faisant référence au prix dans le dossier de sollicitation ne sont pas pertinentes lorsque des offres initiales sont sollicitées. Les dispositions de l'article 41 sur la période de validité, la modification et le retrait des offres doivent être lues conjointement avec le paragraphe 4 d) de l'article 48, qui permet à un fournisseur ou entrepreneur ne souhaitant pas présenter une offre définitive de se retirer de la procédure sans perdre la garantie de soumission (les raisons qui justifient la dérogation aux règles de l'appel d'offres ouvert figurent au paragraphe ** ci-dessous [**hyperlien**]).

36. Certaines dispositions du chapitre III, notamment l'article 42 [**hyperlien**] sur l'ouverture des offres et les dispositions de l'article 43 [**hyperlien**] sur l'évaluation des offres, s'appliquent uniquement aux offres définitives soumises en réponse aux conditions révisées de la passation de marché. En revanche, les dispositions de l'article 40 [**hyperlien**] en matière de présentation des offres et de l'article 43 [**hyperlien**] en matière d'examen des offres s'appliquent aussi bien aux offres initiales qu'aux offres définitives. On doit interpréter les dispositions de l'article 44, qui interdisent les négociations avec les fournisseurs ou entrepreneurs après la soumission des offres, en considérant que les échanges dans le cadre de l'appel d'offres en deux étapes sont des discussions plutôt que des négociations. De fait, les négociations proprement dites sont interdites tout au long de la procédure de l'appel d'offres en deux étapes (y compris après la soumission des offres définitives, pour le cas où l'entité adjudicatrice demanderait des éclaircissements relatifs à une soumission au titre de l'article 16, comme l'explique aussi le commentaire relatif à cet article [**hyperlien**]).

37. Le paragraphe 2 énonce les règles propres à la sollicitation des offres initiales. Elles modifient les règles en matière de sollicitation énoncées au chapitre III [**hyperlien**]. À cette étape, l'entité adjudicatrice peut solliciter des propositions de solution concernant toutes les conditions du marché autres que le prix. Compte tenu des conditions d'utilisation de cette méthode de passation (voir article 30-1 [**hyperlien**] et l'explication qu'en donne le commentaire aux paragraphes ** ci-dessus [**hyperlien**]), l'entité adjudicatrice devrait en principe solliciter diverses solutions concernant d'abord les exigences techniques et qualitatives de l'objet du marché et, s'il y a lieu, concernant les compétences et qualifications professionnelles et techniques des fournisseurs ou entrepreneurs.

38. L'article ne prévoit pas de règles spécifiques pour la présentation et l'examen des offres initiales. Les dispositions pertinentes du chapitre III [**hyperlien**] s'appliquent. En particulier, les dispositions applicables de l'article 43-3 [**hyperlien**] régissent les cas de rejet de l'offre initiale: à savoir lorsque le

fournisseur ou l'entrepreneur qui a présenté l'offre n'a pas les qualifications requises; lorsque l'offre présentée n'est pas conforme; lorsque l'offre inclut un prix; ou lorsqu'un fournisseur ou entrepreneur est exclu de la procédure de passation de marché pour les motifs prévus à l'article 21 [**hyperlien**] (incitations, avantage concurrentiel injuste ou conflit d'intérêts). Les autres motifs de rejet mentionnés à l'article 43-3 [**hyperlien**] ne s'appliquent pas; ils concernent les situations où les prix des offres sont examinés, ce qui n'est pas le cas durant la première étape de l'appel d'offres en deux étapes. Tous les fournisseurs dont les offres ne sont pas rejetées sont autorisés à participer à la suite de la procédure de passation de marché.

39. Le paragraphe 3 prévoit la possibilité de tenir des discussions avec les fournisseurs ou entrepreneurs dont l'offre n'a pas été rejetée, au sujet de tout aspect de leur offre. Les discussions peuvent porter sur tout aspect de la passation à l'exception du prix et ne doivent pas s'apparenter à des négociations (sur ce point, voir les commentaires aux paragraphes ** ci-dessus [**hyperlien**]). Les discussions ne seront pas toujours nécessaires car il est possible que l'entité adjudicatrice soit en mesure d'affiner et d'arrêter elle-même les conditions de la passation, sur la base des offres initiales reçues. Les dispositions du paragraphe 3 exigent, lorsque l'entité adjudicatrice décide d'engager des discussions, qu'elle offre à tous les fournisseurs ou entrepreneurs concernés des chances égales d'y participer. Dans ce contexte, l'expression "chances égales" signifie que l'égalité de traitement des fournisseurs ou entrepreneurs est soumise à l'obligation d'éviter la divulgation d'informations confidentielles et à la nécessité d'éviter la collusion. Les règles ou orientations établies par l'organisme de passation des marchés publics ou autre organisme similaire devraient mettre en exergue cet aspect fondamental de la procédure d'appel d'offres en deux étapes. En outre, elles devraient souligner la nécessité de consigner les détails des discussions dans le procès-verbal de la procédure de passation de marché exigé à l'article 25 [**hyperlien**].

40. Le paragraphe 4 indique les procédures à suivre dans les étapes suivantes de l'appel d'offres en deux étapes, dans la mesure où elles diffèrent des règles de l'appel d'offres ouvert posées au chapitre III de la Loi type. Il réglemente également les questions qui découlent de la préparation et de la communication des conditions révisées finales, comme la portée des modifications que l'entité adjudicatrice est autorisée à apporter aux conditions initialement annoncées.

41. L'alinéa a) du paragraphe 4 oblige l'entité adjudicatrice à adresser l'invitation à présenter des offres définitives, une fois les conditions de la passation révisées, à tous les fournisseurs ou entrepreneurs dont l'offre n'a pas été rejetée durant la première étape. Les offres définitives sont équivalentes aux offres soumises dans l'appel d'offres ouvert, à savoir que l'on évalue leur conformité à la sollicitation et qu'elles incluent des prix.

42. L'alinéa b) du paragraphe 4 traite la portée des modifications qui peuvent être apportées aux conditions initialement annoncées. Il est interdit de changer l'objet du marché, pour la simple raison que de tels changements altéreraient les conditions de la passation qui sont jugées si essentielles pour la procédure annoncée que leur modification devrait obliger à engager une nouvelle passation. Cette considération de politique générale est expliquée de manière plus détaillée dans les paragraphes ** du commentaire relatif à la demande de propositions avec dialogue [**hyperlien**].

43. En revanche, il est permis d'apporter des changements (suppressions, modifications ou ajouts) aux aspects techniques et qualitatifs de cet objet du marché et aux critères d'examen et d'évaluation des offres, dans certaines conditions qui visent à limiter la latitude de l'entité adjudicatrice à cet égard. Étant donné que l'objectif de la Loi type est d'assurer un traitement juste et équitable à tous les fournisseurs et entrepreneurs, la modification des aspects techniques et qualitatifs à la suite de la première étape de la procédure ne peut pas entraîner une modification de la description de l'objet du marché annoncée initialement. S'il est nécessaire de changer la description de l'objet du marché, une nouvelle procédure de passation doit être engagée pour permettre à de nouveaux fournisseurs ou entrepreneurs d'y participer (y compris les fournisseurs ou entrepreneurs dont les offres initiales ont été rejetées ou qui auraient désormais les qualifications requises). L'article 15-3 [**hyperlien**] entre en jeu dans ce contexte: il prévoit que l'entité adjudicatrice doit publier à nouveau les informations concernant la passation si, à la suite d'une clarification et d'une modification du dossier de sollicitation, les informations publiées lorsqu'elle a sollicité pour la première fois la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à la procédure de passation de marché deviennent substantiellement inexactes (pour des orientations concernant l'article 15-3, voir les paragraphes [...] du commentaire relatif au chapitre premier [**hyperlien**]).

44. L'alinéa b) i) du paragraphe 4 traite la portée des modifications qui peuvent être apportées à l'objet du marché. Elles concernent essentiellement les aspects techniques et qualitatifs de ce dernier compte tenu de l'objectif principal de l'appel d'offres en deux étapes: à savoir préciser davantage les spécifications techniques et qualitatives de l'objet du marché, réduire les options possibles à celle qui répondrait le mieux aux besoins de l'entité adjudicatrice et, sur cette base, arrêter un ensemble unique de conditions applicables à la passation. Le type de modifications envisagées inclut les changements apportés aux caractéristiques techniques – comme par exemple la qualité des composants des matériaux de construction, des fixations en bois ou en acier, la qualité du bois de revêtements de sol et la manière d'atténuer les problèmes d'acoustique dans les installations de sport. Ce type d'amélioration correspond à ce que l'on appelle parfois "l'analyse de la valeur".

45. La modification des aspects techniques ou qualitatifs de l'objet du marché peut exiger de modifier aussi les critères d'examen et/ou d'évaluation. L'alinéa b) ii) n'autorise donc que les modifications rendues nécessaires par les changements apportés aux aspects techniques ou qualitatifs de l'objet du marché. Toute autre modification des critères d'examen et/ou d'évaluation lors de cette deuxième étape est interdite car, autrement, ces critères ne refléteraient alors plus les aspects techniques et qualitatifs applicables, ce qui risquerait aussi de donner lieu à des abus.

46. L'alinéa c) exige que tout changement apporté aux conditions de la passation de marché initialement annoncées soit porté à la connaissance des fournisseurs ou entrepreneurs dans l'invitation à présenter une offre définitive.

47. L'alinéa d) permet aux fournisseurs ou entrepreneurs de ne pas soumettre une offre définitive sans perdre la garantie de soumission qu'ils ont pu être tenus de fournir pour participer à la première étape. Cette dernière disposition a été intégrée pour accroître la participation des fournisseurs ou entrepreneurs; en effet, à la date limite de soumission des offres initiales, on ne peut attendre de ces derniers qu'ils sachent quelles modifications seront ensuite apportées aux conditions de la

passation de marché. Compte tenu des caractéristiques de cette méthode de passation de marché, il est fort probable toutefois que des garanties de soumission soient exigées pour la présentation des offres définitives plutôt que des offres initiales.

48. L'alinéa e) soumet les procédures suivies pour l'examen et l'évaluation des offres définitives et la détermination de l'offre à retenir aux règles de l'appel d'offres ouvert du chapitre III de la Loi type [**hyperlien**].

49. S'agissant de la confidentialité dans cette méthode de passation de marché, le risque de révéler, par inadvertance ou d'une autre manière, des informations commercialement sensibles de fournisseurs ou d'entrepreneurs concurrents peut se poser non seulement à l'étape des discussions mais également dans la formulation des conditions révisées de la passation. Ce risque existe par exemple en cas d'utilisation d'exigences, de symboles et de termes pour décrire les aspects techniques et qualitatifs révisés de l'objet du marché, qui peuvent involontairement révéler la source d'information, et lors de la communication aux fournisseurs ou entrepreneurs, conformément aux dispositions du paragraphe 4 c), des modifications apportées aux conditions initialement annoncées. Conformément aux dispositions de l'article 24 [**hyperlien**], l'entité adjudicatrice doit respecter la confidentialité des propositions techniques des fournisseurs ou entrepreneurs tout au long du processus.

## A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.11 (Original: anglais)

## Note du Secrétariat concernant le Guide révisé pour l'incorporation qui accompagnera la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa vingt et unième session

ADDITIF

Le présent additif contient une proposition concernant le texte du Guide qui accompagnera le chapitre V de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics et se compose d'un commentaire sur la demande de propositions avec dialogue (article 49) et sur les articles connexes du chapitre II (articles 30 et 35).

# GUIDE POUR L'INCORPORATION DANS LE DROIT INTERNE DE LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LA PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS

## Deuxième partie. Commentaire par article

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

### B. Méthodes de passation (*suite*)

#### 2. Demande de propositions avec dialogue

Description générale et considérations de politique générale

1. La demande de propositions avec dialogue est une méthode conçue pour la passation de marchés d'articles et de services relativement complexes. Elle est utilisée habituellement pour les passations visant à rechercher des solutions novatrices à des problèmes techniques, comme économiser de l'énergie, promouvoir l'achat public responsable ou répondre à des besoins d'infrastructure. Diverses solutions techniques peuvent exister dans ces cas: les matériaux employés peuvent varier et utiliser une source d'énergie plutôt qu'une autre (énergie éolienne contre énergie solaire contre énergie fossile).

2. Cette méthode de passation comprend un dialogue, dont la nature est définie dans l'introduction au présent chapitre [**hyperlien**]; en résumé, son objectif est de permettre aux fournisseurs et entrepreneurs de comprendre, au moyen d'un dialogue avec l'entité adjudicatrice, les besoins de cette dernière tels qu'énoncés

dans sa demande de propositions. Le dialogue, qui peut comprendre plusieurs étapes, est un échange entre l'entité adjudicatrice et les fournisseurs ou entrepreneurs qui porte tant sur les aspects techniques et qualitatifs de leurs propositions et la manière dont celles-ci répondent aux besoins de l'entité que sur leurs aspects financiers. Le dialogue peut comprendre une discussion sur les incidences financières de certaines solutions techniques, notamment le prix ou la fourchette de prix. Toutefois, comme pour l'appel d'offres en deux étapes, il ne doit pas donner lieu à des négociations contraignantes à proprement parler entre les parties.

3. Les méthodes fondées sur ce type de dialogue se sont révélées avantageuses pour l'entité adjudicatrice dans le cas de la passation de marchés d'articles et de services relativement complexes où le coût d'opportunité découlant de l'absence de négociations avec les fournisseurs ou entrepreneurs est élevé, alors que les gains économiques associés à la tenue de négociations sont évidents. Elles conviennent par exemple dans la passation de marchés de travaux d'architecture ou de construction, où de nombreuses solutions peuvent répondre aux besoins de l'entité adjudicatrice et où les négociations sont le seul moyen d'évaluer les compétences et les connaissances spécialisées du fournisseur ou de l'entrepreneur. La complexité ne doit pas nécessairement être de nature technique: dans les projets d'infrastructure, par exemple, les différents emplacements et types de construction peuvent être les principales variables. Dans ce genre de situations, cette méthode permet à l'entité adjudicatrice de déterminer et d'obtenir la solution qui répond le mieux à ses besoins.

4. À cet égard, il faudrait rappeler que, si l'entité adjudicatrice devait discuter des solutions techniques possibles avec un seul fournisseur ou entrepreneur potentiel et, partant, rédiger une description de ses exigences techniques comme dans l'appel d'offres en deux étapes, ce fournisseur ou cet entrepreneur aurait alors un conflit d'intérêts pendant les discussions avec l'entité adjudicatrice puis jouirait d'un avantage concurrentiel injuste par rapport aux autres fournisseurs ou entrepreneurs dans la suite de la passation. Comme il est expliqué à l'article 21 et dans le commentaire y relatif [**hyperliens**], le fournisseur ou l'entrepreneur concerné devrait alors être exclu de la passation. La demande de propositions avec dialogue peut donc permettre d'éviter la situation indésirable où il faudrait exclure de la passation un fournisseur dont la proposition pourrait être conforme.

5. Étant donné que le dialogue se traduit généralement par des procédures complexes et longues, cette méthode devrait uniquement être utilisée lorsque ses avantages sont suffisants, et non pour des articles simples habituellement acquis par des méthodes de passation sans échanges avec les fournisseurs. Par exemple, elle n'est pas destinée à être utilisée lorsque des négociations sont nécessaires pour des raisons d'urgence ou que la concurrence est insuffisante (dans de tels cas, le recours aux négociations avec appel à la concurrence ou à la sollicitation d'une source unique est autorisé par la Loi type révisée). Elle ne s'applique pas aux négociations visant uniquement des améliorations techniques et/ou des réductions de prix, qui sont envisagées dans la demande de propositions avec négociations consécutives, ni non plus aux situations dans lesquelles il conviendrait d'utiliser une procédure d'appel d'offres en deux étapes, conformément au paragraphe 1 de l'article 30 – c'est-à-dire lorsque l'entité adjudicatrice doit préciser ses besoins et envisage de

formuler un ensemble unique de conditions (y compris de spécifications) pour la passation, en réponse auquel les offres pourront être présentées.

6. Comme toutes les méthodes de passation prévues dans la Loi type, la demande de propositions avec dialogue n'est pas réservée à un type de marché précis (qu'il s'agisse de biens, de travaux ou de services). De même, comme toutes les méthodes de passation de la Loi type, elle pourra être choisie par l'entité adjudicatrice lorsque les conditions d'utilisation sont remplies et que, de l'avis de cette dernière, elle convient le mieux aux circonstances. Comme le note le commentaire dans l'introduction au chapitre V [**hyperlien**], les règles et directives établies par l'organisme de passation des marchés publics ou par une autre entité similaire pourraient aider l'entité adjudicatrice à évaluer les circonstances.

7. Dans cette méthode, l'entité adjudicatrice doit établir une description de ses besoins qui définit les exigences techniques minimales, comprendre les solutions techniques qui lui sont proposées et les évaluer en les comparant les unes aux autres; cette méthode, contrairement aux autres, peut donc exiger que les responsables de la passation possèdent certaines compétences, en particulier pour éviter qu'elle ne se substitue à une préparation appropriée de la passation du marché. Un risque particulier est que la définition des besoins faisant l'objet de la passation ne revienne aux fournisseurs et entrepreneurs ou aux acteurs du marché. Si les fournisseurs ou entrepreneurs, et non l'entité adjudicatrice, formulent des propositions pour répondre aux besoins de cette dernière, ils ne devraient pas pour autant jouer le rôle principal dans la définition de ces besoins.

8. L'article 49 énonce des règles détaillées sur les procédures à suivre dans cette méthode de passation, en prévoyant des garanties contre les utilisations abusives ou impropres qui peuvent en être faites, ainsi que des mesures de contrôle strictes. Toutefois, il préserve également la souplesse et la marge d'appréciation nécessaires à l'entité adjudicatrice dans l'utilisation de cette méthode, sans lesquelles cette dernière perdrait ses avantages. Ses dispositions ont été alignées sur les instruments de la CNUDCI relatifs aux projets d'infrastructure à financement privé (voir par. ... ci-après) [**hyperlien**][1].

9. Les garanties visent en particulier: a) à assurer la transparence en exigeant que toutes les parties concernées soient dûment informées des décisions essentielles prises au début, au cours et à la fin de la procédure de passation, tout en préservant la confidentialité des informations commercialement sensibles, comme il est exigé à l'article 24 [**hyperlien**]; b) à assurer l'objectivité, la sécurité et la prévisibilité dans le processus, en exigeant en particulier que toutes les méthodes visant à limiter ou à réduire le nombre de participants soient indiquées dès le début la procédure, ainsi qu'en limitant la portée des modifications qui peuvent être apportées aux conditions de la passation et en interdisant la tenue de négociations après la présentation des meilleures offres définitives; c) à encourager une concurrence effective par le même mécanisme; d) à renforcer la participation et à assurer le traitement équitable des fournisseurs et entrepreneurs en exigeant que le dialogue soit mené de façon concomitante et par les mêmes représentants de l'entité adjudicatrice, en fixant des règles pour la communication des informations par

---

[1] Les Dispositions législatives types de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé et le Guide législatif de la CNUDCI sur le même sujet, accessibles à la date de la présente note à l'adresse: www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/procurement_infrastructure.html.

l'entité adjudicatrice aux fournisseurs et entrepreneurs participant à la phase de dialogue et en prévoyant des règles applicables aux étapes postérieures au dialogue; et e) à imposer une obligation de rendre des comptes en exigeant la conservation de tous les documents, exigence qui vient compléter les dispositions de l'article 25 [**hyperlien**].

10. De même, les fournisseurs ou entrepreneurs ne seront pas disposés à participer si leurs propositions, qui ont une valeur commerciale, deviennent ensuite une description accessible à tous les participants potentiels. Comme il est expliqué plus haut, les procédures prévues pour cette méthode prévoient des garanties car elles n'envisagent pas la communication d'un ensemble complet de conditions de la passation sur la base desquelles des propositions pourraient être présentées à n'importe quelle étape de la passation (contrairement à ce qui se passe pour l'appel d'offres en deux étapes visé à l'article 48 [**hyperlien**]). L'entité communique au début de la passation un ensemble unique d'exigences minimales et une liste de critères d'évaluation classés dans un certain ordre, qui ne peuvent pas être modifiés par la suite.

11. La demande de propositions avec dialogue comprend deux étapes. Dans la première, l'entité adjudicatrice émet une sollicitation qui décrit ses besoins sous la forme de termes de référence qui aideront les fournisseurs à élaborer leur proposition. Ces besoins peuvent être exprimés de manière fonctionnelle ou en termes de performance ou de résultat mais doivent inclure les exigences techniques minimales. Contrairement à l'appel d'offres en deux étapes (méthode similaire sur le plan procédural, mais différente sur le fond), il n'est pas prévu dans ce cas que l'entité adjudicatrice élabore une description technique complète de l'objet du marché.

12. La deuxième étape comprend le dialogue, qui doit être mené "de façon concomitante". Ce terme montre clairement que tous les fournisseurs et entrepreneurs doivent se voir accorder une chance égale de participer au dialogue, et qu'il n'y a pas de discussions consécutives. Il vise aussi à éviter de donner l'impression que le dialogue doit être mené exactement en même temps avec tous les fournisseurs ou entrepreneurs, ce qui présupposerait que différents responsables de la passation ou que des comités de négociation composés de différents responsables de la passation mènent le dialogue, situation qui n'a pas été jugée souhaitable, car elle risquerait de se traduire par une inégalité de traitement des fournisseurs et entrepreneurs. On trouvera des indications sur la conduite de ce dialogue aux paragraphes [...] ci-après.

13. À l'issue du dialogue, les fournisseurs et entrepreneurs soumettent leur meilleure offre définitive pour répondre aux besoins de l'entité. Les meilleures offres définitives soumises peuvent être similaires en certains points et différer considérablement sur d'autres, notamment en ce qui concerne les solutions techniques qu'elles proposent. Cette méthode donne par conséquent la possibilité à l'entité adjudicatrice de comparer différentes solutions techniques et différentes variantes et options pour répondre à ses besoins.

**Article 30-2. Conditions d'utilisation de la demande de propositions avec dialogue [**hyperlien**]**

14. L'article 30-2 définit les conditions d'utilisation de la demande de propositions avec dialogue. La Loi type soumet cette méthode de passation à des règles très détaillées pour limiter les risques et les difficultés qu'elle peut entraîner lorsqu'elle est utilisée à mauvais escient ou sans le degré d'attention et de compétence requis pour en faire bon usage. Les conditions prévues au paragraphe 2 peuvent apaiser les craintes d'un recours inapproprié à cette méthode, en empêchant effectivement son utilisation pour l'achat d'articles qui devraient être acquis par voie d'appel d'offres ou d'autres méthodes de passation moins souples.

15. L'alinéa a) du paragraphe 2 de cet article énonce ce qui devrait être normalement le principal cas d'utilisation de la demande de propositions avec dialogue, à savoir lorsque l'entité adjudicatrice n'est objectivement pas en mesure de formuler une description complète de l'objet du marché au début de la procédure et estime qu'elle doit engager un dialogue avec les fournisseurs ou entrepreneurs qui sont capables de fournir l'objet en question pour trouver des solutions acceptables répondant à ses besoins. Dans la pratique, l'entité adjudicatrice doit pouvoir décrire ses besoins généraux au début de la passation de manière fonctionnelle (ou en termes de performance ou de résultat). Cette exigence vise à souligner le fait qu'une mauvaise planification risque d'entraîner l'échec de la passation. En outre, elle est nécessaire pour que l'entité adjudicatrice indique les exigences techniques minimales visées à l'article 49 et pour assurer une participation efficace des fournisseurs ou entrepreneurs.

16. De même, la situation décrite à l'alinéa b) concerne les passations dans lesquelles l'entité adjudicatrice a besoin d'une solution sur mesure (par exemple un système informatique d'archivage de documents juridiques présentant des caractéristiques particulières, comme l'accessibilité à long terme) et dans lesquelles l'excellence technique est un élément important. La troisième condition, prévue à l'alinéa c), concerne la passation de marchés pour la protection des intérêts essentiels de sécurité de l'État. Elle englobe généralement les secteurs de la sécurité et de la défense, où la passation peut porter sur des objets et/ou des conditions de fourniture extrêmement complexes, tout en exigeant des mesures de protection des informations classifiées.

17. La dernière condition d'utilisation, prévue à l'alinéa d), est identique à l'une des conditions d'utilisation de l'appel d'offres en deux étapes, à savoir qu'une procédure d'appel d'offres ouvert a été engagée, mais a échoué. Dans ce genre de situation, l'entité adjudicatrice doit analyser les raisons de l'échec de la procédure de l'appel d'offres ouvert. Si elle arrive à la conclusion qu'une nouvelle procédure d'appel d'offres ouvert ou que l'utilisation d'une méthode de passation prévue au chapitre IV de la présente Loi [**hyperlien**] n'aboutirait pas, elle en déduira peut-être aussi qu'elle a des difficultés à formuler des conditions de passation suffisamment précises au début de la procédure. Les raisons de cet échec devraient l'aider à choisir entre l'appel d'offres en deux étapes conformément à l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 30 et la demande de propositions avec dialogue conformément à l'alinéa d), paragraphe 2, de cet article. Pour utiliser cette dernière, l'entité adjudicatrice devrait conclure qu'il ne sera pas possible ou approprié de formuler un ensemble complet et unique de conditions et que, par conséquent, le

dialogue avec les fournisseurs ou entrepreneurs est nécessaire pour que la passation aboutisse.

18. La Loi type révisée non seulement impose une liste exhaustive de conditions d'utilisation mais mentionne également la possibilité d'exiger que l'utilisation de cette méthode soit approuvée par un organe externe. Si un État adoptant décide de prévoir une approbation préalable par une autorité désignée à cet effet, il doit adopter le contenu de la parenthèse figurant au début du chapeau du paragraphe 2. (Pour un examen des considérations de politique générale concernant les mécanismes d'approbation préalable, voir la section ** du commentaire général ci-dessus [**hyperlien**].) Il est fait exceptionnellement référence à un mécanisme d'approbation préalable dans ce cas pour indiquer aux États adoptants que des mesures de contrôle plus strictes de l'utilisation de cette méthode pourraient se justifier compte tenu des caractéristiques particulières de cette dernière qui l'exposent aux abus, risque qu'il pourrait être difficile d'atténuer dans certains États adoptants. Si ces dispositions sont incorporées dans le droit interne, il appartiendra à l'État adoptant de désigner une autorité d'approbation et de définir ses prérogatives dans la procédure de passation. Il devra notamment décider si cette autorité voit ses prérogatives s'arrêter dès lors qu'elle a autorisé l'entité adjudicatrice à utiliser cette méthode de passation, ou si elle exerce aussi ensuite une certaine forme de supervision de la manière dont la procédure est menée.

**Article 35. Sollicitation dans la demande de propositions et son application particulière à la demande de propositions avec dialogue [**hyperlien**]**

19. L'article 35 régit la sollicitation dans la demande de propositions. La Loi type prévoit par défaut que cette méthode repose sur la sollicitation publique et sans restriction, tel que ce terme est expliqué dans la section ** du commentaire de la deuxième partie du chapitre II [**hyperlien**]. La sollicitation publique et sans restriction implique la publication d'une invitation à participer à la passation, la communication du dossier de sollicitation à tous ceux qui répondent à l'invitation et l'examen complet des qualifications et soumissions des fournisseurs et entrepreneurs soumissionnaires.

20. Dans la demande de propositions, les dispositions permettent d'assouplir la règle par défaut et d'utiliser la sollicitation directe lorsque l'objet du marché n'est disponible qu'auprès d'un nombre limité de fournisseurs ou d'entrepreneurs, situation qui peut se produire dans les circonstances qui se prêtent à une demande de propositions avec dialogue. L'assouplissement de la règle par défaut est également autorisé sous réserve de solliciter des propositions de tous ces fournisseurs ou entrepreneurs (voir l'article 35-2 a) [**hyperlien**]) et de publier un avis préalable de passation de marché conformément à l'article 35-4 [**hyperlien**]. (Pour un examen de ces dispositions et de leurs incidences, en particulier en raison du risque de voir se manifester des fournisseurs inconnus suite à la publication de ce préavis, voir le commentaire sur la sollicitation dans l'introduction au chapitre IV [**hyperlien**].)[2]

---

[2] Il en découle que l'entité adjudicatrice n'est pas autorisée à rejeter les propositions non sollicitées. Le Groupe de travail juge-t-il nécessaire d'étudier la manière dont l'entité adjudicatrice devra examiner ce type de propositions?

21. Lorsque la demande de propositions avec dialogue est précédée d'une préqualification, la sollicitation est soumise à d'autres règles, à savoir celles de l'article 18 [**hyperlien**], qui exigent elles aussi une sollicitation internationale suivant les mêmes modalités que celles prescrites à l'article 33 [**hyperlien**]. On trouvera de plus amples précisions dans le commentaire accompagnant ces articles [**hyperlien**]. Une fois la procédure de préqualification achevée, la demande de propositions doit être adressée à tous les fournisseurs préqualifiés.

22. Comme il est expliqué dans le commentaire relatif à la sollicitation dans la deuxième partie du chapitre II et dans le commentaire relatif à l'article 18 [**hyperlien**], la procédure de préqualification permet d'identifier les fournisseurs ou entrepreneurs qualifiés, mais n'est pas un moyen de limiter le nombre de participants. Elle vise simplement, en effet, à déterminer si les fournisseurs ou entrepreneurs ont ou non les qualifications requises. La demande de propositions avec dialogue implique nécessairement que les fournisseurs ou entrepreneurs participants investissent beaucoup de temps et de ressources dans leur participation. S'ils n'ont pas de chances raisonnables de remporter le marché à la fin du processus, cette participation sera découragée; étant donné que tous ceux qui se préqualifient doivent être admis à participer à la passation, le risque auquel s'expose l'entité adjudicatrice est que les fournisseurs et entrepreneurs préqualifiés soient trop nombreux. Les procédures prévues pour la demande de propositions avec dialogue prévoient donc un dispositif permettant à l'entité adjudicatrice de limiter les participants à un nombre approprié, la "présélection", qui est décrite à la section suivante consacrée aux procédures. En cas de présélection, la demande de propositions doit être communiquée à tous les fournisseurs et entrepreneurs présélectionnés.

23. L'obligation d'utiliser par défaut la sollicitation internationale admet des exceptions non seulement en cas de préqualification appliquée conformément à l'article 18 [**hyperlien**], mais également dans les cas visés aux alinéas b) et c) du paragraphe 1 de l'article 35. L'alinéa c) renvoie aux exceptions prévues pour l'appel d'offres ouvert à l'article 33-4, à savoir les passations de marchés nationaux ou de marchés de faible valeur. Le commentaire de la deuxième partie du chapitre II [**hyperlien**] examine les questions de politique générale qui se posent lorsque ces exceptions sont autorisées, exceptions qui justifient un assouplissement de l'obligation de publicité internationale dans les cas où les coûts l'emportent sur les avantages ou lorsqu'une telle publicité est simplement inutile.

24. L'alinéa c) du paragraphe 2 de l'article 35 énonce une troisième raison qui peut justifier l'utilisation de la sollicitation directe dans le cadre de la demande de propositions: la passation d'un marché mettant en jeu des informations classifiées. L'entité adjudicatrice doit là encore solliciter des propositions d'un nombre suffisant de fournisseurs ou d'entrepreneurs pour assurer une concurrence effective.

25. Les paragraphes 3 et 4 de l'article 35 visent à assurer la transparence et à obliger l'entité adjudicatrice à justifier sa décision lorsqu'elle utilise la sollicitation directe. Le paragraphe 3 exige que l'entité indique dans le procès-verbal de la procédure de passation les raisons et circonstances sur lesquelles elle s'est fondée pour justifier le recours à la sollicitation directe dans la procédure de demande de propositions. Le paragraphe 4 exige qu'elle fasse publier un avis préalable de passation de marché (conformément à l'article 34-5 [**hyperlien**]) (sauf si une telle publication risque de porter atteinte à des informations classifiées), lorsqu'elle

utilise la sollicitation directe. Le commentaire de la deuxième partie du chapitre II [**hyperlien**] examine les raisons justifiant la publication de ces avis, ainsi que leur contenu et leur forme.

**Article 49. Demande de propositions avec dialogue [**hyperlien**]**

26. L'article 49 régit les procédures à suivre dans le cadre de la demande de propositions avec dialogue, dont les différentes étapes sont les suivantes: a) demande facultative de manifestation d'intérêt, qui ne confère aucun droit aux fournisseurs ou entrepreneurs, pas même le droit de voir leur proposition évaluée par l'entité adjudicatrice. En ce sens, elle s'apparente à un préavis concernant la possibilité d'un marché futur, dont il est question à l'article 6-2 (voir le commentaire relatif à l'article 6 à la section ** ci-dessus [**hyperlien**]); b) une préqualification ou une présélection lorsque l'entité adjudicatrice s'attend à ce que les candidats qualifiés exprimant le souhait de participer dépassent le nombre optimum; en l'absence de préqualification ou de présélection, une sollicitation ouverte ou directe telle que prévue par l'article 35 [**hyperlien**]; c) envoi de la demande de propositions à ceux qui répondent à la sollicitation ouverte ou directe ou à ceux qui sont préqualifiés ou présélectionnés, selon le cas; d) dialogue concomitant, qui comprend généralement plusieurs sessions ou phases; e) clôture du dialogue avec l'envoi d'une demande de présentation des meilleures offres définitives; et f) attribution du marché. L'article régit ces différentes étapes de procédure dans l'ordre chronologique indiqué, à l'exception de la demande facultative de manifestation d'intérêt, qui, comme mentionné plus haut, relève des dispositions de l'article 6 [**hyperlien**].

27. Le paragraphe 1, en renvoyant à l'article 35 [**hyperlien**], rappelle la règle applicable par défaut selon laquelle l'invitation à participer à la procédure de demande de propositions avec dialogue doit en principe faire l'objet d'une publicité aussi large que possible afin de garantir une participation et une concurrence étendues (sauf si la sollicitation est précédée d'une préqualification ou d'une présélection, toutes deux devant également faire l'objet d'une large publicité).

28. En cas de sollicitation publique et sans restriction et en l'absence de préqualification ou de présélection, l'entité adjudicatrice publie une invitation à participer à la procédure de demande de propositions avec dialogue, qui doit contenir les renseignements minimaux énumérés au paragraphe 2. Ces renseignements minimaux visent à aider les fournisseurs ou entrepreneurs à déterminer s'ils souhaitent prendre part à la procédure et s'ils remplissent les conditions requises à cette fin et, dans l'affirmative, comment ils peuvent participer. Les renseignements sont semblables à ceux exigés pour l'invitation à soumettre une offre (article 37 [**hyperlien**]).

29. Le paragraphe 2 énumère les renseignements minimaux requis et n'empêche pas l'entité adjudicatrice d'inclure les renseignements supplémentaires qu'elle juge appropriés; une description complète de ses besoins et des conditions de la passation est nécessaire pour permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs de préparer des propositions de qualité, que l'entité adjudicatrice peut évaluer sur un pied d'égalité. L'entité adjudicatrice devrait cependant tenir compte du fait que l'invitation se veut habituellement brève pour mentionner les renseignements les plus importants sur la passation, autrement dit les renseignements les plus utiles pour le début de la procédure de passation. La demande de propositions contient toutes les autres

informations sur la passation et développe également les renseignements fournis dans l'invitation (voir paragraphe 5 du présent article). Cette approche aide à éviter les répétitions, les éventuelles incohérences et la confusion dans la teneur des documents que l'entité adjudicatrice communique aux fournisseurs ou entrepreneurs. Elle est souhaitable en particulier dans cette méthode de passation car il est possible que certaines informations deviennent disponibles ou soient précisées dans les étapes suivantes de la procédure de passation (dans les limites autorisées par le paragraphe 9 du présent article).

30. Le paragraphe 3 régit la procédure de présélection, que l'entité adjudicatrice peut utiliser pour limiter le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs auxquels elle demandera des propositions. Les dispositions ont été généralement alignées sur celles prévues, en matière de présélection, dans les instruments de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé [**hyperlien**]. La procédure de présélection permet à l'entité adjudicatrice d'indiquer dès le début de la passation que seul un certain nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs répondant le mieux aux critères de qualification seront admis à participer à l'étape suivante de la procédure de passation. Cet outil est une option qui s'offre à l'entité adjudicatrice lorsqu'elle pense que de nombreux candidats qualifiés exprimeront le souhait de participer à la passation de marché. La Loi type ménage cette possibilité uniquement pour cette méthode de passation: il est considéré qu'elle se justifie du fait que l'entité adjudicatrice devrait consacrer beaucoup de temps et d'argent à l'examen et à l'évaluation d'un grand nombre de propositions. Il s'agit donc d'une exception à la règle générale de la participation ouverte décrite au [...] ci-dessus.

31. Les règles applicables à la procédure de préqualification régissent la présélection. Les dispositions de l'article 18 [**hyperlien**] s'appliquent donc à la présélection, sauf dans la mesure où le paragraphe 3 y déroge (pour tenir compte de la nature et de l'objet de la procédure de présélection). Par exemple, à des fins de transparence et pour assurer un traitement équitable aux fournisseurs et entrepreneurs, le paragraphe 3 exige que l'entité adjudicatrice, dès le début de la passation, mentionne l'utilisation de la procédure de présélection, le nombre maximum de fournisseurs ou d'entrepreneurs présélectionnés auxquels elle demandera des propositions, la manière dont ce nombre sera sélectionné et les critères qui seront appliqués pour classer les fournisseurs ou entrepreneurs, lesquels devraient constituer des critères de qualification et être objectifs et non discriminatoires.

32. Le nombre maximum de fournisseurs à présélectionner doit être établi par l'entité adjudicatrice en fonction des circonstances de la passation donnée de manière à assurer une concurrence effective. Le minimum devrait être de trois si possible. Si l'entité adjudicatrice décide de déterminer le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs qui seront admis à participer au dialogue (voir alinéa g) du paragraphe 5 du présent article), elle devrait établir le nombre maximum de fournisseurs ou d'entrepreneurs auxquels elle demandera des propositions en tenant compte des nombres minimum et maximum de fournisseurs ou d'entrepreneurs qu'elle a l'intention d'admettre au dialogue, tels qu'ils seront indiqués dans la demande de propositions conformément à l'alinéa g) du paragraphe 5 de l'article. Il est recommandé que le nombre maximum de fournisseurs ou d'entrepreneurs invités à soumettre des propositions soit supérieur au nombre maximum admis au dialogue, afin que l'entité adjudicatrice puisse choisir, parmi un groupe plus important, les

candidats les plus aptes à participer au dialogue. Pour ménager de véritables possibilités de recours, les dispositions exigent que l'entité adjudicatrice informe rapidement les fournisseurs ou entrepreneurs des résultats de la présélection et communique à ceux qui n'ont pas été présélectionnés les motifs de leur non-présélection.

33. Le paragraphe 4 précise le groupe de fournisseurs ou d'entrepreneurs auxquels sera adressée la demande de propositions. Selon les circonstances de la passation, il pourrait s'agir de tous les fournisseurs ou entrepreneurs qui ont répondu à l'invitation ou, en cas de préqualification ou de présélection, uniquement de ceux qui sont préqualifiés ou présélectionnés, ou en cas de sollicitation directe, seulement de ceux qui ont été directement invités. Les dispositions contiennent également une règle standard de la Loi type, selon laquelle le prix que l'entité adjudicatrice peut exiger pour la demande de propositions ne doit pas dépasser le coût de sa distribution aux fournisseurs ou entrepreneurs concernés.

34. Le paragraphe 5 contient une liste des renseignements minimaux à inclure dans la demande de propositions afin d'aider les fournisseurs ou entrepreneurs à établir leurs propositions et de permettre à l'entité adjudicatrice de comparer ces dernières sur la même base. Cette liste fait largement pendant, quant au niveau de précision et au fond, aux dispositions régissant la teneur du dossier de sollicitation dans la procédure d'appel d'offres (voir article 39 [**hyperlien**]) et celle de la demande de propositions sans négociation (voir article 48-4 [**hyperlien**]). Les différences tiennent aux particularités procédurales de la méthode de passation.

35. Les renseignements concernant le prix des propositions ne seront peut-être pas pertinents dans la passation des marchés de services de consultant non quantifiables, pour lesquels le coût n'est pas un critère d'évaluation important si bien que les propositions initiales n'ont généralement pas besoin de mentionner les aspects financiers ou le prix. S'agissant des critères d'évaluation mentionnés à l'alinéa h), l'accent sera plutôt mis, dans ce type de passation, sur les éléments suivants: l'expérience du prestataire de services pour la mission concernée, la qualité de la compréhension de la mission envisagée et de la méthodologie proposée, les qualifications du personnel clef proposé, le transfert de connaissances, si un tel transfert est un élément de la passation du marché ou fait partie intégrante de la description de la mission et, le cas échéant, l'étendue de la participation de nationaux, parmi le personnel clef, à la prestation des services.

36. Ces critères d'évaluation peuvent s'ajouter à une exigence minimale concernant les compétences et l'expérience exprimée sous la forme de critère de qualification comme prévu à l'article 9 [**hyperlien**] et à l'alinéa e) du paragraphe 2 du présent article. Alors que l'article 9 autorise l'entité adjudicatrice à ne pas évaluer ou considérer les propositions des fournisseurs ou entrepreneurs non qualifiés, le fait d'inclure les mêmes types de compétences et d'expérience dans ses critères d'évaluation lui permettra de comparer, par exemple, l'expérience requise d'un prestataire de services avec celle des autres prestataires. À partir de cette comparaison, elle pourra avoir plus ou moins confiance en l'aptitude d'un fournisseur ou entrepreneur donné qu'en celle d'un autre pour mettre en œuvre la proposition.

37. Alors que, d'une manière générale, le dialogue se concentrera principalement sur les aspects techniques ou sur les questions juridiques ou d'autres questions

connexes, il se peut que l'objet de la passation et l'offre existant sur le marché permettent à l'entité adjudicatrice d'intégrer le prix dans ce dialogue, voire l'encouragent à le faire. Il est en outre impossible dans certain cas de séparer le prix des autres critères. C'est pourquoi il peut être demandé aux fournisseurs ou entrepreneurs d'indiquer un prix préliminaire dans leur proposition initiale. Le prix est toujours mentionné dans les meilleures offres définitives.

38. L'alinéa g) du paragraphe 5 s'applique aux situations dans lesquelles l'entité adjudicatrice, compte tenu des circonstances de la passation envisagée, décide d'établir un nombre minimum et/ou un nombre maximum de fournisseurs ou d'entrepreneurs avec lesquels elle dialoguera. Cette limitation devrait viser à obtenir le nombre optimal de participants, en tenant compte du fait que, dans la pratique, la tenue de négociations concomitantes avec de nombreux fournisseurs s'est avérée très difficile, voire impossible, et risque de décourager la participation. Les dispositions mentionnent le nombre minimum souhaitable de trois participants. Elles sont complétées par les dispositions des paragraphes 6 b) et 7.

39. L'alinéa h) du paragraphe 5 mentionne les critères et procédures pour évaluer les propositions conformément à l'article 11 [**hyperlien**], qui prévoit en particulier des exceptions aux règles applicables par défaut concernant l'attribution d'un coefficient de pondération à tous les critères d'évaluation afin de tenir compte des spécificités de cette méthode de passation. Ces spécificités peuvent en effet empêcher l'entité adjudicatrice de déterminer dès le début de la passation les coefficients de pondération à attribuer à tous les critères d'évaluation. L'article 11 permet par conséquent d'énumérer les critères applicables par ordre décroissant d'importance. Lorsque les sous-critères sont déjà connus au départ, ils devraient également être mentionnés et se voir attribuer, si possible, un coefficient de pondération; à défaut de coefficient, ils devraient également être énumérés dans l'ordre décroissant d'importance. Il est admis que, dans cette méthode, le degré de souplesse nécessaire pour déterminer les critères et procédures d'évaluation pourrait varier selon les types de passation. Toutefois, l'entité se doit de donner une idée exacte des critères et procédures d'évaluation dès le début de la procédure de passation: c'est là une exigence fondamentale de l'article 11.

40. Dans le contexte de l'alinéa m) du paragraphe 5, exigeant que l'entité adjudicatrice spécifie dans la demande de propositions toutes autres règles s'appliquant à la procédure, il peut être utile d'inclure le calendrier envisagé pour la passation. L'utilisation de cette méthode de passation exige généralement beaucoup de temps et de ressources de la part aussi bien de l'entité adjudicatrice que des fournisseurs ou entrepreneurs. Une estimation du calendrier de la passation dans la demande de propositions favorise une meilleure planification du marché et rend le processus plus prévisible, notamment pour ce qui est de la durée maximale pendant laquelle les fournisseurs ou entrepreneurs devraient consacrer leur temps et leurs ressources à la procédure. Elle donne également aux deux parties une meilleure idée du moment où se tiendront différentes étapes de la procédure et des ressources (personnel, experts, documents, conception, etc.) qui seraient utiles et devraient être déployées à telle ou telle étape.

41. Une fois la demande de propositions adressée aux fournisseurs ou entrepreneurs concernés, ces derniers devraient disposer d'un délai suffisant pour établir et soumettre leur proposition. Le délai applicable doit être mentionné dans la

demande de propositions et peut être ajusté si cela est nécessaire, conformément aux exigences de l'article 14 [**hyperlien**].

42. Le paragraphe 6 régit l'examen (vérification de la conformité) des propositions. Toutes les propositions doivent être examinées sur la base des critères minimums établis qui ont été notifiés aux fournisseurs ou entrepreneurs dans l'invitation à participer à la passation et/ou dans la demande de propositions. Il est possible que le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs admis à l'étape suivante de la procédure de passation – dialogue – diminue suite au rejet des propositions non conformes, en d'autres termes celles qui ne satisfont pas aux critères minimums établis. Comme la procédure de préqualification (voir paragraphe [25] ci-dessus), la procédure d'examen ne peut être utilisée pour limiter le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs admis à participer à l'étape suivante. Si tous les fournisseurs ou entrepreneurs présentent des propositions conformes, ils doivent tous être admis à participer au dialogue, sauf si l'entité adjudicatrice s'est réservée le droit de n'inviter qu'un nombre limité d'entre eux. Ainsi qu'il est indiqué pour l'alinéa g) du paragraphe 5 (voir paragraphe [33] ci-dessus), il est possible de se réserver un tel droit dans la demande de propositions. Dans ce cas, si le nombre de propositions conformes dépasse le maximum établi, l'entité adjudicatrice sélectionnera le nombre maximum de propositions conformes selon les critères et la procédure spécifiés dans la demande de propositions. La Loi type ne régit pas elle-même ces critères et cette procédure, qui peuvent varier d'une passation à l'autre. On ne peut exclure un certain degré de subjectivité lors de la sélection dans cette méthode de passation. Le risque de pratiques abusives devrait être atténué par l'obligation de spécifier la procédure et les critères de sélection applicables dans la demande de propositions et de notifier rapidement les résultats de la procédure d'examen, y compris les motifs de rejet le cas échéant. Ces exigences devraient donner aux fournisseurs lésés des moyens effectifs de contester les décisions de l'entité adjudicatrice. Des techniques de gestion pour surveiller la procédure peuvent également venir étayer ces règles.

43. Le paragraphe 7 dispose que le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs invités au dialogue doit en tout état de cause être suffisant pour garantir une concurrence effective. Il mentionne le nombre minimum souhaitable de trois fournisseurs ou entrepreneurs, comme l'alinéa g) du paragraphe 5. Il ne sera cependant pas interdit à l'entité adjudicatrice de poursuivre la procédure de passation si une ou deux propositions conformes seulement sont présentées. Dans ce cas, elle est autorisée à poursuivre la passation car, même si le nombre de propositions conformes est suffisant, elle n'a aucun moyen de faire en sorte que le nombre de concurrents reste le même jusqu'à la fin de la phase de dialogue: rien n'empêche les fournisseurs ou entrepreneurs de se retirer à tout moment du dialogue.

44. Le paragraphe 8 soumet les modalités du dialogue à deux conditions: qu'il soit tenu de façon concomitante et que les mêmes représentants de l'entité adjudicatrice y participent afin d'assurer la cohérence des résultats. La disposition emploie le mot "représentants" de l'entité adjudicatrice au pluriel car il est de bonne pratique d'utiliser des comités composés de plusieurs personnes, en particulier pour lutter contre la corruption. Cette exigence n'empêche pas l'entité adjudicatrice de mener le dialogue avec un seul fournisseur ou entrepreneur, comme il est expliqué plus haut. Le dialogue peut se dérouler en plusieurs sessions ou phases. À la fin de chaque session ou phase, la définition des besoins de l'entité adjudicatrice est

affinée et les fournisseurs ou entrepreneurs participants se voient offrir la possibilité de modifier leur proposition en tenant compte des précisions apportées à la définition de ses besoins et des questions et commentaires formulés par le comité de négociation pendant le dialogue.

45. La suite de l'article parle des "fournisseurs ou entrepreneurs qui restent en compétition" pour montrer que le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs présents au début du dialogue peut diminuer au fur et à mesure. Certains fournisseurs ou entrepreneurs peuvent décider de ne pas continuer à participer au dialogue ou peuvent être exclus de la suite des négociations par l'entité adjudicatrice pour des motifs autorisés par la Loi type ou par d'autres dispositions du droit applicable dans l'État adoptant. Contrairement à certains systèmes prévoyant des méthodes de passation similaires, la Loi type ne confère pas à l'entité adjudicatrice le droit absolu de mettre fin au dialogue compétitif avec un fournisseur ou entrepreneur au seul motif, par exemple, qu'il n'aurait pas selon elle des chances réalistes de se voir attribuer le marché. Le dialogue implique une modification constante des solutions et il ne serait pas juste d'éliminer un fournisseur au seul motif qu'à un moment donné du dialogue une solution n'apparaîtrait pas acceptable à l'entité adjudicatrice. Bien que la fin du dialogue avec un tel fournisseur puisse éviter tant à ce dernier qu'à l'entité adjudicatrice de gaspiller leur temps et leurs ressources (qui pourraient s'avérer importants dans ce type de passation) et permette de limiter par conséquent le risque de voir la concurrence réduite dans les passations futures, la CNUDCI est partie du principe que les menaces pesant sur l'objectivité, la transparence et l'égalité de traitement l'emportent largement sur les avantages.

46. D'un autre côté, il ne devrait pas être interdit à l'entité adjudicatrice de mettre fin au dialogue avec des fournisseurs ou entrepreneurs pour les motifs spécifiés dans la Loi type ou dans d'autres dispositions du droit applicable dans l'État adoptant. Certaines dispositions de la Loi type obligeraient l'entité adjudicatrice à exclure des fournisseurs ou entrepreneurs de la procédure de passation. Par exemple, ces derniers doivent être exclus sur le fondement de l'article 21 [**hyperlien**] (incitations, avantage concurrentiel injuste ou conflit d'intérêts), ou s'ils n'ont plus les qualifications requises (par exemple en cas de faillite) ou s'ils s'écartent substantiellement, durant le dialogue, des exigences minimales de conformité ou d'autres éléments clefs considérés comme non négociables dès le début de la passation. Dans ces cas, les fournisseurs ou entrepreneurs lésés disposeront toujours de moyens effectifs d'engager des recours conformément au chapitre VIII, car l'entité adjudicatrice sera tenue de leur notifier rapidement sa décision motivée de mettre fin au dialogue. Il peut être utile de communiquer aux fournisseurs ou entrepreneurs dès le début de la procédure de passation des informations sur les motifs pour lesquels la loi oblige l'entité adjudicatrice à les exclure de la passation.

47. Le paragraphe 9 limite les modifications pouvant être apportées aux conditions de la passation énoncées au début de la procédure. Contrairement à l'article 15 [**hyperlien**] qui régit la modification du dossier de sollicitation avant la présentation des soumissions/propositions, le paragraphe 9 traite de la limitation des modifications à tout aspect de la demande de propositions après la présentation des propositions initiales. La possibilité d'apporter de telles modifications est inhérente à cette méthode de passation de marché; en privant l'entité adjudicatrice d'une marge de manœuvre suffisante dans ce domaine, on risque d'aller à l'encontre du but de cette procédure. La nécessité d'apporter des modifications peut être justifiée

compte tenu du dialogue mais également de circonstances sans rapport avec ce dernier (par exemple des mesures administratives).

48. Dans le même temps, les conséquences négatives d'un pouvoir discrétionnaire illimité risquent de l'emporter largement sur les avantages en termes de souplesse. Les dispositions du paragraphe 9 visent à établir l'équilibre nécessaire en interdisant à l'entité adjudicatrice de modifier les conditions de la passation qui sont jugées si essentielles pour la procédure annoncée que leur modification devrait obliger à engager une nouvelle passation. Les conditions en question sont l'objet du marché, les critères de qualification et d'évaluation, les exigences minimales établies conformément à l'alinéa f) du paragraphe 2 de l'article et tout élément de la description de l'objet du marché ou toute condition du marché que l'entité adjudicatrice exclut expressément du dialogue dès le début de la passation (en d'autres termes les éléments non négociables). Les dispositions n'empêcheraient pas les fournisseurs ou entrepreneurs de modifier leur propre proposition à l'issue du dialogue; toutefois, le fait de s'écarter de manière inacceptable des exigences essentielles de la passation (par exemple l'objet du marché, les exigences minimales ou les éléments non négociables) peut devenir un motif d'exclusion de la passation.

49. Le paragraphe 10 prévoit une mesure essentielle pour assurer l'égalité de traitement des fournisseurs et entrepreneurs lorsque l'entité adjudicatrice leur communique des informations durant le dialogue. Il soumet toute communication de ce type aux dispositions de l'article 23 sur la confidentialité, dont certaines sont spécialement destinées aux méthodes de passation prévues au chapitre V. Les questions de confidentialité se posent avec une acuité particulière dans cette méthode de passation compte tenu de la forme et de la vaste portée du dialogue. La règle générale veut qu'aucune information intéressant un fournisseur particulier ou sa proposition ne soit divulguée à aucun autre fournisseur participant au dialogue sans le consentement du premier. D'autres exceptions sont prévues à l'article 24-3 [**hyperlien**] (divulgation exigée par la loi ou ordonnée par une autorité compétente ou autorisée dans le dossier de sollicitation). (Pour plus de précisions concernant l'article 24, voir le commentaire relatif à cet article à la section ** ci-dessus [**hyperlien**].)

50. Un certain nombre de mesures pratiques doivent être appliquées pour assurer l'égalité de traitement à tous les participants pendant le dialogue. La Loi type ne mentionne que les plus importantes d'entre elles: il s'agit par exemple des mesures prévues au paragraphe 10 ainsi que de l'obligation pour les mêmes représentants de l'entité adjudicatrice de tenir les négociations de façon concomitante (par. 8 tel qu'expliqué au paragraphe [39] ci-dessus). D'autres mesures, telles que le fait d'examiner la même question avec les participants de façon concomitante et pendant la même durée, devraient être étudiées en détail par les comités lorsqu'ils se préparent à la phase de dialogue. Les États adoptants voudront peut-être prévoir d'autres mesures pratiques dans les règlements en matière de passation des marchés.

51. À l'issue du dialogue, tous les participants restant en compétition doivent se voir accorder la même chance de présenter leur meilleure offre définitive, définie comme étant l'offre finale la meilleure par rapport à leur proposition respective. Cette définition met en évidence l'une des principales particularités de cette méthode de passation: l'entité adjudicatrice n'établit pas un ensemble complet et unique de conditions de la passation et se limite à énoncer les exigences techniques minimales sur la base desquelles les soumissions finales seront évaluées.

52. Les paragraphes 11 et 12 régissent l'étape de la présentation des meilleures offres définitives. Les garanties qu'ils prévoient visent à assurer le maximum de concurrence et de transparence. L'invitation à soumettre les meilleures offres définitives doit indiquer les modalités, le lieu et la date limite de présentation. Les négociations avec les fournisseurs ou entrepreneurs sont interdites une fois que ces offres ont été présentées et aucune autre invitation à soumettre de nouvelles offres ne peut être émise par la suite. Cette étape met donc fin à la phase de dialogue et gèle toutes les spécifications et conditions contractuelles proposées par les fournisseurs et entrepreneurs afin d'éviter la situation indésirable dans laquelle l'entité adjudicatrice utilise l'offre d'un fournisseur ou entrepreneur pour faire pression sur un autre, en particulier en ce qui concerne le prix proposé. Les fournisseurs ou entrepreneurs pourraient autrement, en prévision de ce type de pression, être amenés à augmenter les prix proposés et l'intégrité du marché sur lequel ils opèrent risque de s'en trouver compromise.

53. Le paragraphe 12 interdit les négociations sur les conditions des meilleures offres définitives. Il devrait être lu conjointement avec l'article 16 [**hyperlien**], qui autorise l'entité adjudicatrice à demander des éclaircissements au sujet des meilleures offres définitives comme pour les autres soumissions, aucune modification ne pouvant toutefois être apportée au prix ou à d'autres informations importantes dans le cadre du processus de clarification, comme il est expliqué dans le commentaire relatif à cet article. En raison de la phase de dialogue, la procédure prévue à l'article 16 [**hyperlien**] est inutile concernant les propositions initiales, à moins que ne se pose la question de savoir si elles répondent ou non aux critères minimums énoncés dans la demande de propositions.

54. Le paragraphe 13 régit l'attribution du marché dans le cadre de cette méthode. Ce dernier doit être attribué à l'offre retenue, laquelle est déterminée conformément aux critères et à la procédure d'évaluation des propositions qui sont énoncés dans la demande de propositions. En faisant référence aux critères et à la procédure d'évaluation des propositions tels qu'énoncés dans la demande de propositions, la disposition rappelle qu'il est interdit de modifier ces critères et procédures durant le dialogue, interdiction énoncée au paragraphe 9 de l'article comme l'expliquent les paragraphes [**42 et 43**] ci-dessus.

55. L'entité adjudicatrice sera obligée de tenir un procès-verbal complet de la procédure de passation, y compris du dialogue avec chaque fournisseur ou entrepreneur, et de permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs concernés d'accéder aux parties du procès-verbal qui les intéressent, en conformité avec l'article 25 [**hyperlien**]. Il s'agit là d'une mesure essentielle dans cette méthode de passation pour permettre un contrôle efficace, notamment un audit, et d'éventuels recours de la part des fournisseurs ou entrepreneurs lésés.

## A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.12 (Original: anglais)

## Note du Secrétariat concernant le Guide révisé pour l'incorporation qui accompagnera la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa vingt et unième session

ADDITIF

Le présent additif contient une proposition concernant le texte du Guide qui accompagnera le chapitre V de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, portant sur la demande de propositions avec négociations consécutives (article 50), les négociations avec appel à la concurrence (article 51), la sollicitation d'une source unique (article 52) et les articles connexes du chapitre II (articles 30, 34 et 35).

# GUIDE POUR L'INCORPORATION DANS LE DROIT INTERNE DE LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LA PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS

## Deuxième partie. Commentaire par article

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

### B. Méthodes de passation de marchés (*suite*)

#### 3. Demande de propositions avec négociations consécutives

Description générale et considérations de politique générale

1. Les conditions d'utilisation et les procédures de cette méthode de passation de marchés ressemblent à celles de la demande de propositions sans négociation visée à l'article 29-3 de la Loi type. La différence réside dans la nécessité de négocier les aspects financiers des propositions. Cette méthode convient donc lorsque la passation porte sur des articles ou des services conçus pour l'entité adjudicatrice plutôt que sur des articles ou services relativement standard. La demande de propositions avec négociations consécutives est donc indiquée pour l'acquisition d'objets plus complexes s'il est indispensable de négocier les aspects commerciaux ou financiers des propositions: il peut y avoir tellement de variables dans ces aspects des propositions que toutes ne peuvent être prévues et spécifiées au début de la passation de marché et doivent être précisées et définies d'un commun accord lors

de négociations. En pratique, cette méthode est utilisée par exemple pour des services consultatifs juridiques, financiers ou de conception, des études environnementales, des ouvrages de génie civil ou la fourniture de bureaux destinés à des fonctionnaires.

2. Toutes les phases de cette méthode précédant celle des négociations sont les mêmes que celles de la demande de propositions sans négociation: l'entité adjudicatrice fixe un seuil pour les aspects qualitatifs et techniques des propositions et classe ensuite les propositions qui atteignent ou dépassent ce seuil, en s'assurant que les fournisseurs ou entrepreneurs avec lesquels elle négociera sont capables de fournir l'objet du marché requis. Elle tient ensuite des négociations sur les aspects financiers des propositions en commençant par le fournisseur ou l'entrepreneur le mieux classé; si elle met fin aux négociations avec lui, elle négocie avec le fournisseur ou l'entrepreneur suivant, et ainsi de suite dans la mesure nécessaire, jusqu'à ce qu'elle conclue un marché avec l'un d'eux. Ces négociations doivent permettre à l'entité d'obtenir des propositions financières équitables et raisonnables. Des négociations consécutives – et non simultanées ou concomitantes – conviennent le mieux à cette méthode, étant donné qu'elles ne portent que sur les aspects financiers ou commerciaux des propositions. S'il faut négocier d'autres aspects, cette méthode de passation ne peut être utilisée.

3. La demande de propositions avec négociations consécutives n'est pas exclusivement réservée à la passation des marchés de services, conformément à la décision de la CNUDCI de ne pas fonder le choix de la méthode sur la nature de l'objet du marché (biens, travaux ou services) mais sur la nécessité de prendre en compte les circonstances de la passation de marché et d'assurer le plus de concurrence possible (article 28-2) [**hyperlien**] (pour le commentaire correspondant, voir plus haut la section ** du commentaire sur la première partie du chapitre II [**hyperlien**]). Les États adoptants devraient néanmoins avoir à l'esprit que certaines banques multilatérales de développement recommandent l'utilisation de méthodes de passation semblables à la demande de propositions avec négociations consécutives prévue dans la Loi type pour la passation des marchés de services de consultant (en d'autres termes, des services à caractère intellectuel). Cette méthode est habituellement très utilisée pour ce type de marché. Il se peut que ces banques n'autorisent pas l'utilisation de cette méthode dans d'autres cas, du moins pour les projets qu'elles financent.

**Article 30-3. Conditions d'utilisation de la demande de propositions avec négociations consécutives [**hyperlien**]**

4. L'article 30-3 énonce les conditions d'utilisation de la demande de propositions avec négociations consécutives. Comme la demande de propositions sans négociation, cette méthode s'est révélée avantageuse lorsque les caractéristiques qualitatives et techniques sont la principale priorité et que l'entité adjudicatrice a besoin d'examiner les aspects financiers des propositions séparément et seulement une fois achevés l'examen et l'évaluation de leurs aspects qualitatifs et techniques, pour ne pas être influencée par les aspects financiers lorsqu'elle examine et évalue les aspects qualitatifs et techniques. Le mot "besoin" employé dans les dispositions vise à rendre compte de la nécessité objective et démontrable que l'entité adjudicatrice procède à l'examen et à l'évaluation dans cet ordre. Comme la demande de propositions sans négociation, cette méthode n'est donc

indiquée que lorsqu'il est possible et nécessaire d'examiner et d'évaluer les aspects qualitatifs et techniques des propositions séparément de leurs aspects financiers.

**Article 35. La sollicitation dans les méthodes de passation de marchés fondées sur la demande de propositions et son application à la demande de propositions avec négociations consécutives [**hyperlien**]**

5. L'article 35 régit la sollicitation dans les méthodes de passation de marchés fondées sur la demande de propositions; son application à la demande de propositions avec négociations consécutives soulève des questions identiques à celles examinées dans le commentaire sur la demande de propositions avec dialogue, à la section ** ci-dessus [**hyperlien**].

**Article 50. Demande de propositions avec négociations consécutives**

6. L'article 50 régit les procédures de demande de propositions avec négociations consécutives. Toutes les phases de cette méthode précédant celle des négociations sont les mêmes que celles de la demande de propositions sans négociation. Le paragraphe 1 renvoie donc aux dispositions applicables de l'article 47 [**hyperlien**]. Le commentaire sur ces dispositions vaut également pour le présent article (voir le commentaire sur cette méthode de passation à ** ci-dessus) [**hyperlien**].

7. Les paragraphes 2 à 6 régissent les procédures propres à cette méthode de passation. Le paragraphe 2 traite du classement et de l'invitation aux négociations consécutives. Le classement se fonde sur les notes attribuées aux aspects qualitatifs et techniques des propositions.

8. Comme il est indiqué plus haut dans le commentaire sur la demande de propositions sans négociations [**hyperlien**], il importe de définir clairement ce qu'on entend par les expressions "aspects techniques et qualitatifs" et "aspects financiers" des propositions. Dans ce contexte, l'expression "aspects financiers" utilisée au paragraphe 2 b) comprend tous les aspects commerciaux des propositions qui ne peuvent être stipulés dans le cahier des charges, ainsi que le prix final, à l'exclusion de tout aspect qualitatif, technique ou autre ayant été pris en considération lors de l'examen et de l'évaluation des caractéristiques qualitatives et techniques des propositions. On trouvera également dans le commentaire sur la demande de propositions sans négociations des exemples pratiques d'éléments de propositions pouvant relever de l'une ou l'autre catégorie.

9. On trouve aux paragraphes 3 et 6 la notion de "fin des négociations". Elle signifie que la proposition financière définitive du fournisseur est rejetée et que ce dernier ne peut donc plus participer à la suite de la procédure de passation. Un marché ne peut donc être attribué à un fournisseur si l'entité adjudicatrice a mis fin à ses négociations avec lui, comme le prévoient les paragraphes 3 et 4.

10. La CNUDCI a décidé d'inclure cette caractéristique de cette méthode de passation de marchés pour mettre l'accent sur la concurrence concernant les aspects qualitatifs et techniques des propositions. Lorsque cette méthode est utilisée dans les circonstances appropriées, cette caractéristique distincte peut obliger tant les fournisseurs que les entités adjudicatrices à négocier de bonne foi. Le fournisseur le mieux classé risque de voir l'entité adjudicatrice mettre fin aux négociations à tout moment et de se trouver exclu pour toujours de la procédure de passation. Il peut

également considérer que les négociations avec les fournisseurs moins bien classés ont plus de chances de réussir puisque ceux-ci seront incités à améliorer leur position pour remporter le marché, et qu'il est dans l'intérêt de l'entité adjudicatrice de conclure le marché à la fin du processus. Il se sentira donc quelque peu contraint de négocier alors que l'entité adjudicatrice, face au risque de rejeter la meilleure proposition technique, se gardera d'accorder une importance excessive aux aspects financiers des propositions au détriment des considérations qualitatives et techniques. Fixer dans le dossier de sollicitation la durée des négociations peut être considéré comme un autre moyen efficace d'imposer une certaine discipline aux deux parties lors des négociations.

11. Cette caractéristique peut cependant être considérée comme rigide. Ce n'est qu'à l'issue d'un processus de négociation avec l'ensemble des fournisseurs que l'entité adjudicatrice peut savoir quelle est en fait la meilleure proposition; or, il se peut qu'elle l'ait rejetée parce qu'elle a mis fin aux négociations avec le fournisseur ou l'entrepreneur qui l'a soumise. De plus, cette procédure ne met pas nécessairement l'entité adjudicatrice en bonne position pour négocier puisque le fournisseur le mieux classé, connaissant sa position privilégiée, risque d'être peu enclin à négocier, en particulier sur le prix, si bien que la pression qu'elle pourrait peut-être exercer lors de négociations concomitantes est absente. Cependant, cette méthode se limite aux négociations consécutives afin d'éviter le risque d'abus qui pourrait exister s'il y avait des négociations concomitantes, ces dernières n'étant prévues que dans les circonstances limitées où les négociations avec appel à la concurrence sont autorisées en vertu de l'article 51 [**hyperlien**] (voir en outre le commentaire sur cet article) [**hyperlien**].

12. La question de savoir si l'entité adjudicatrice est prête à faire des compromis sur les considérations qualitatives et techniques en mettant fin aux négociations avec le fournisseur le mieux classé et en entamant des négociations avec le fournisseur suivant dépendra dans une très large mesure des circonstances de la passation et en particulier des résultats de l'examen et de l'évaluation des aspects qualitatifs et techniques des propositions. L'écart entre les diverses propositions peut varier considérablement et l'entité adjudicatrice doit adapter ses stratégies de négociation en conséquence. Elle peut toujours abandonner la passation si les propositions sont inacceptables.

### 4. Négociations avec appel à la concurrence

Description générale et considérations de politique générale

13. Les négociations avec appel à la concurrence sont une méthode de passation des marchés qui ne peut être utilisée que dans les circonstances exceptionnelles visées aux alinéas a) à c): situations d'urgence, événements catastrophiques et protection des intérêts essentiels de la sécurité de l'État adoptant. Comme il est indiqué dans l'introduction sur les méthodes de passation de marchés visées au chapitre V ci-dessus [**hyperlien**], elles ne doivent pas être envisagées en remplacement d'une autre méthode prévue dans la Loi type, même si les circonstances peuvent suggérer l'utilisation de l'appel d'offres en deux étapes ou d'une demande de propositions, sauf dans un cas. Ainsi qu'il est expliqué plus en détail aux paragraphes ** ci-dessous, la participation de plus d'un fournisseur signifie qu'on considère que les négociations avec appel à la concurrence permettent davantage de concurrence que la sollicitation d'une source unique; conformément à

l'article 28-2 [**hyperlien**], elles devraient donc être préférées à la sollicitation d'une source unique à chaque fois que c'est possible.

14. Les limitations imposées à l'utilisation de cette méthode sont nécessaires dans la mesure où ses procédures, extrêmement souples, ne garantissent pas les mêmes niveaux de transparence, d'intégrité et d'objectivité que les méthodes de passation avec mise en concurrence, et elle présente donc plus de risques de fraude et de corruption.

15. Le caractère non structuré de la procédure de négociations avec appel à la concurrence, décrite à l'article 51 et expliquée aux paragraphes [...] ci-après, signifie qu'il sera essentiel de gérer le recours à cette méthode pour assurer son succès dans les circonstances appropriées. Les questions examinées en ce qui concerne les techniques de gestion dans le cadre des procédures visées au chapitre V (voir le commentaire dans l'introduction du chapitre V et les sections ** de [**méthodes de passation**] [**hyperliens**]) s'appliqueront aux négociations avec appel à la concurrence, compte tenu des risques accrus que cette méthode fait peser sur l'intégrité. Les questions de capacité, en particulier, devraient être traitées d'un point de vue général, d'autant que cette méthode de passation est le plus souvent utilisée en situation d'urgence.

**Article 30-4. Conditions d'utilisation des négociations avec appel à la concurrence [**hyperlien**]**

16. L'article 30-4 énonce les conditions d'utilisation des négociations avec appel à la concurrence. L'alinéa a) traite des situations d'urgence qui ne sont dues ni au comportement de l'entité adjudicatrice ni à des circonstances prévisibles. L'alinéa b) traite des situations d'urgence dues à des événements catastrophiques. Dans les deux cas, il ne serait pas réaliste de recourir à une procédure d'appel d'offres ouvert ou à d'autres méthodes de passation de marché avec mise en concurrence à cause du temps que cela prendrait. Dans les deux cas, la situation d'urgence est censée être véritablement exceptionnelle et ne pas être invoquée simplement par facilité: il peut s'agir de faire face à un besoin urgent de matériel médical ou d'autres fournitures après une catastrophe naturelle ou de remplacer du matériel régulièrement utilisé tombé en panne. Cette méthode de passation ne peut être utilisée si l'urgence est due à une mauvaise planification de l'entité adjudicatrice, à une autre mesure qu'elle aurait prise ou à une omission de sa part, et l'ampleur du marché attribué au moyen de cette méthode doit découler directement de l'urgence même. En d'autres termes, si un article est nécessaire d'urgence et qu'il est prévu que plusieurs articles du même type seront nécessaires, les négociations avec appel à la concurrence ne peuvent porter que sur l'exemplaire immédiatement nécessaire.

17. L'alinéa c) traite de la passation de marchés visant la protection d'intérêts essentiels de la sécurité de l'État, ces intérêts étant décrits ci-dessus dans la section ** du commentaire général [**hyperlien**], lorsque l'entité adjudicatrice estime que le recours à une autre méthode de passation ne convient pas.

18. Les dispositions des alinéas a) à c) sont sans préjudice du principe général énoncé à l'article 28-2 [**hyperlien**], selon lequel lorsque l'entité adjudicatrice choisit et utilise une méthode de passation de marchés, elle doit s'efforcer d'assurer la plus grande concurrence possible et tenir compte des circonstances de la passation. Il est donc entendu que lorsqu'il est possible d'utiliser une méthode de

passation autre que la négociation avec appel à la concurrence, comme l'appel d'offres restreint ou la demande de prix, l'entité adjudicatrice doit choisir cette autre méthode afin d'assurer la plus grande concurrence possible compte tenu des autres circonstances de la passation de marché (telles que le besoin urgent de l'objet du marché).

19. Conformément au même principe, l'alinéa b), qui traite des situations d'urgence dues à un événement catastrophique, et l'alinéa c), qui traite des passations de marchés ayant trait à la protection d'intérêts essentiels de la sécurité de l'État, ne permettent pas à l'entité adjudicatrice d'utiliser la sollicitation d'une source unique lorsqu'elle peut recourir aux négociations avec appel à la concurrence. Dans les situations visées par ces deux alinéas, l'entité adjudicatrice doit tout d'abord envisager de recourir à l'appel d'offres ouvert ou à une autre méthode de passation avec mise en concurrence. Si elle conclut que le recours à une autre méthode de passation n'est pas réaliste, elle doit recourir aux négociations avec appel à la concurrence et non à la sollicitation d'une source unique, sauf si elle estime qu'une extrême urgence ou une autre raison particulière justifie le recours à la sollicitation d'une source unique en vertu du paragraphe 5 de cet article (telle que l'absence de concurrence ou l'existence de droits exclusifs). La raison en est que les négociations avec appel à la concurrence assurent par définition une plus grande concurrence que la sollicitation d'une source unique et que des garanties plus rigoureuses sont prévues dans les dispositions de la Loi type régissant les procédures des négociations avec appel à la concurrence, ce qui les rend plus structurées et plus transparentes que la sollicitation d'une source unique. Cette méthode peut donc être jugée préférable à la sollicitation d'une source unique dans les situations d'urgence et lorsqu'il s'agit de protéger les intérêts essentiels de la sécurité de l'État.

20. Il se peut que des États adoptants considèrent que certaines des circonstances envisagées pour l'utilisation des négociations avec appel à la concurrence ne se présenteront pas dans leur système actuel et en concluent qu'il n'est pas nécessaire d'inclure toutes les conditions dans leur droit interne.

21. Les États adoptants peuvent aussi souhaiter imposer des exigences supplémentaires pour l'utilisation des négociations avec appel à la concurrence. S'ils le font, les règlements, règles ou autres orientations sur la passation de marchés émis par l'organisme chargé des marchés publics ou autre entité similaire peuvent imposer à l'entité adjudicatrice de prendre notamment les mesures suivantes: énoncer des règles et procédures de base concernant l'organisation des négociations afin que celles-ci se déroulent de manière efficace; établir divers documents pouvant servir de base aux négociations, notamment des documents décrivant les caractéristiques techniques souhaitées des biens ou travaux requis ou la nature des services requis, et les conditions contractuelles souhaitées; et prier les fournisseurs ou entrepreneurs avec lesquels elle négocie de détailler leurs prix afin de l'aider à comparer ce que proposent les différents fournisseurs ou entrepreneurs durant les négociations. (On trouvera des indications plus détaillées sur ces comparaisons, notamment sur l'atténuation des risques, dans l'examen de l'évaluation dans les procédures de demande de propositions avec dialogue [**hyperlien**].)

**Article 34-3, 5 et 6. La sollicitation dans les négociations avec appel à la concurrence [**hyperlien**]**

22. L'article 34-3 [**hyperlien**] régissant la sollicitation dans les négociations avec appel à la concurrence est assorti de l'exigence de l'article 34-5 concernant l'avis préalable de passation de marchés. (On trouvera dans le commentaire concernant la deuxième partie du chapitre II [**hyperlien**] des considérations générales sur le caractère exceptionnel de la sollicitation directe dans la Loi type (et une explication du terme "sollicitation ouverte").) L'avis préalable doit préciser en particulier qu'il sera recouru aux négociations avec appel à la concurrence et contenir un résumé des principales conditions du marché envisagé. Il constitue une mesure essentielle pour permettre le contrôle du public. Sur la base des renseignements publiés, tout fournisseur ou entrepreneur lésé peut contester le recours aux négociations avec appel à la concurrence s'il est possible d'utiliser une méthode de passation plus transparente et mieux réglementée. Cette garantie est particulièrement importante dans le contexte de cette méthode de passation et de la sollicitation d'une source unique, toutes deux considérées comme exceptionnelles et ne se justifiant que dans les cas très limités visés à l'article 29 de la Loi type.

23. L'entité adjudicatrice n'est pas tenue de publier un tel avis – mais peut néanmoins décider de le faire – si elle recourt aux négociations avec appel à la concurrence dans une situation d'urgence due à un événement catastrophique (alinéa b) de l'article 30-4 [**hyperlien**]). Cette dérogation est énoncée à l'article 34-6. Dans les autres situations d'urgence visées à l'article 30-4 a) [**hyperlien**], l'avis préalable de passation de marché est la règle par défaut, tout comme lorsque des négociations avec appel à la concurrence sont utilisées dans le cadre d'une passation de marché visant à protéger des intérêts essentiels de la sécurité de l'État en vertu de l'article 30-4 c) [**hyperlien**]. Cette règle par défaut est soumise aux dérogations fondées sur la confidentialité pouvant s'appliquer en vertu des dispositions de la législation de l'État adoptant. Par exemple, la passation de marchés mettant en jeu la protection des intérêts essentiels de la sécurité de l'État peut également faire intervenir des informations classifiées; dans de tels cas, l'entité adjudicatrice peut être autorisée (par les règlements en matière de passation des marchés ou d'autres dispositions de la législation de l'État adoptant) à ne pas publier d'avis concernant la passation de marché (on trouvera ci-dessus à la section ** du commentaire général des indications concernant les dispositions pertinentes de la Loi type sur la confidentialité et la passation de marchés mettant en jeu des informations classifiées [**hyperlien**]).

24. On trouvera dans l'introduction du chapitre IV [**hyperlien**] d'autres orientations sur l'utilisation des avis préalables en vertu des paragraphes 5 et 6 de l'article 34 et sur l'identification objective des fournisseurs qui participeront à la procédure. Les questions qui y sont soulevées sont également pertinentes dans le contexte des négociations avec appel à la concurrence.

**Article 51. Négociations avec appel à la concurrence [**hyperlien**]**

25. L'article 51 [**hyperlien**] régit les procédures des négociations avec appel à la concurrence. Des garanties ont été incluses afin d'assurer la transparence et l'égalité de traitement des participants aux passations de marchés effectuées au moyen de cette méthode.

26. La relative brièveté de l'article s'explique par le caractère souple de la méthode elle-même. Toutefois, on ne saurait en déduire que les procédures de cette méthode de passation sont peu réglementées dans la Loi type. Cette méthode de passation est comme toute autre soumise aux dispositions et règles générales énoncées aux chapitres I et II de la Loi type, aux règlements en matière de passation des marchés et à tout autre instrument de la législation applicable. Par exemple, en vertu de la Loi type, l'entité adjudicatrice devra tenir un procès-verbal détaillé de la procédure de passation de marché, comprenant des informations sur les négociations avec chaque fournisseur ou entrepreneur participant, et faire en sorte que les fournisseurs et entrepreneurs puissent y avoir accès, comme le prévoit l'article 25 [**hyperlien**]. Cette disposition est essentielle dans le cas de cette méthode de passation pour assurer un contrôle effectif et permettre aux fournisseurs lésés d'exercer leur droit de recours.

27. Dans la mesure où l'entité adjudicatrice respecte tous les règlements applicables et où les négociations sont menées de façon concomitante et de manière à assurer un traitement égal des fournisseurs, elle peut organiser et mener les négociations comme elle l'entend. Les règles énoncées dans le présent article visent à lui donner cette liberté tout en s'attachant à promouvoir la concurrence et l'objectivité dans le processus de sélection et d'évaluation. En particulier, puisqu'en pratique les négociations avec appel à la concurrence seront utilisées principalement dans des situations d'urgence, les procédures devraient permettre des négociations de très courte durée. Pour ce qui est de la distinction entre les négociations envisagées dans ce type de passation de marchés et les discussions et le dialogue tenus dans le cas des autres méthodes de passation visées au chapitre V, voir le commentaire dans l'introduction du chapitre V [**hyperlien**].

28. Le paragraphe 1 renvoie aux dispositions pertinentes de l'article 34 sur la sollicitation dans les négociations avec appel à la concurrence, dont une exige la publication d'un avis préalable de passation de marché, sauf dans les situations d'urgence. (On trouvera plus haut, dans le commentaire sur la deuxième partie du chapitre II ci-dessus [**hyperlien**], des indications sur les avis préalables.)

29. Le paragraphe 2, qui régit la communication d'informations pendant les négociations, est soumis aux règles sur la confidentialité énoncées à l'article 24 de la Loi type [**hyperlien**]. Les dispositions sont similaires à celles sur la demande de propositions avec dialogue contenues à l'article 49-10. Les indications concernant l'article 49-10 sont donc pertinentes dans le contexte de ce paragraphe (voir plus haut les paragraphes ... du commentaire relatif à cette méthode de passation [**hyperlien**]).

30. Le paragraphe 3 dispose qu'à l'issue des négociations, l'entité adjudicatrice demande aux fournisseurs ou entrepreneurs de soumettre leurs meilleures offres définitives, sur la base desquelles elle sélectionnera l'offre à retenir. Les meilleures offres définitives concernent tous les aspects des propositions de chaque fournisseur. Par conséquent, dans le cadre de cette méthode de passation, il n'est pas publié d'ensemble unique de conditions de la passation de marché selon lesquelles les soumissions définitives seront évaluées. Les meilleures offres définitives doivent être soumises au plus tard à une date fixée par l'entité adjudicatrice dans sa sollicitation. Pour que tous les fournisseurs participants soient sur un pied d'égalité pour ce qui est de la réception d'informations sur la fin des négociations et le temps dont ils disposent pour préparer leurs meilleures offres définitives, il est de bonne

pratique d'adresser la demande par écrit simultanément à tous les fournisseurs participants. Les dispositions sont similaires à celles de l'article 49-11 [**hyperlien**]. Les indications sur cette disposition [**hyperlien**] sont donc pertinentes dans le contexte de cette méthode.

31. La CNUDCI estime que l'étape de la sollicitation des meilleures offres définitives est essentielle parce qu'elle permet l'égalité de traitement de tous les fournisseurs. Elle met fin aux négociations et à toute possibilité pour l'entité adjudicatrice de modifier ses exigences et les conditions de la passation; les conditions offertes par les fournisseurs et entrepreneurs sont alors également définies. En outre, l'exigence selon laquelle la sollicitation des meilleures offres définitives doit être adressée à tous les fournisseurs restant en négociations permet de vérifier l'ensemble des offres soumises à l'entité adjudicatrice, que celle-ci devrait avoir examinées en procédant à la sélection conformément au paragraphe 5 de cet article. Sans cette étape, l'entité adjudicatrice aurait une trop grande latitude pour décider avec quel fournisseur ou entrepreneur conclure le marché, en l'absence de transparence et de traces vérifiables permettant un recours efficace.

32. Le paragraphe 4 interdit toute négociation après la soumission des meilleures offres définitives, de manière à aligner cette phase de la procédure de négociations avec appel à la concurrence sur la phase correspondante des autres méthodes de passation et à assurer l'égalité de traitement des fournisseurs. Il s'inspire des dispositions similaires du paragraphe 12 de l'article 48. Les indications concernant ce dernier (voir les paragraphes … ci-dessus) sont donc pertinentes dans le contexte de ce paragraphe. La CNUDCI considère comme une pratique optimale de ne pas autoriser l'entité adjudicatrice à poursuivre les négociations après la présentation des meilleures offres définitives et d'empêcher la sollicitation multiple de meilleures offres définitives: cette position se retrouve dans l'ensemble des passages de la Loi type où une étape de sollicitation des meilleures offres définitives est envisagée.

### 5. Sollicitation d'une source unique

Description générale et considérations de politique générale

33. La sollicitation d'une source unique ne comportant pas de mise en concurrence, elle est considérée dans la Loi type comme la méthode à utiliser en dernier recours, lorsque toutes les autres possibilités ont été épuisées. Le recours à la sollicitation d'une source unique est donc soumis au principe général énoncé à l'article 28-2 [**hyperlien**], aux termes duquel l'entité adjudicatrice s'efforce d'assurer la plus grande concurrence possible lorsqu'elle choisit une méthode de passation de marchés. Il est donc entendu que lorsqu'une méthode de passation autre que la sollicitation d'une source unique convient, qu'il s'agisse de la négociation avec appel à la concurrence, de l'appel d'offres restreint ou de la demande de prix, l'entité adjudicatrice doit choisir cette autre méthode assurant la plus grande concurrence dans les circonstances de la passation considérée. Ce point est particulièrement important dans les situations d'urgence: l'urgence de la nécessité de l'objet du marché déterminera s'il est envisageable de recourir à des négociations avec appel à la concurrence, préférables à la sollicitation d'une source unique car elles suscitent davantage de concurrence.

34. On considère que, sauf dans les situations d'urgence ou de catastrophe ou lorsque la sollicitation d'une source unique vise à promouvoir une politique socioéconomique (à cet égard, voir également le paragraphe ** ci-après), l'entité adjudicatrice peut éviter de recourir à la sollicitation d'une source unique en utilisant d'autres méthodes ou instruments ou en planifiant correctement les marchés. Par exemple, dans des situations d'extrême urgence dues à un événement catastrophique, lorsqu'il serait irréaliste de négocier avec plus d'un fournisseur (deuxième condition d'utilisation), l'entité adjudicatrice peut envisager de recourir à des méthodes de passation sans négociations telles que la demande de prix pour l'achat d'articles disponibles dans le commerce. Un accord-cadre fermé sans mise en concurrence lors de la deuxième étape peut également permettre de faire face à des situations d'extrême urgence s'il a été conclu à l'avance dans le contexte d'un besoin déterminé risquant de survenir périodiquement ou dans un délai déterminé (voir également le commentaire sur les accords-cadres à la section ** ci-dessous [**hyperlien**]). Avec une meilleure planification des marchés, les accords-cadres peuvent également constituer une solution de remplacement à la sollicitation d'une source unique dans les situations visées à l'alinéa c) (besoin de fournitures supplémentaires provenant de la même source pour des raisons de normalisation et de compatibilité).

**Article 30-5. Conditions d'utilisation de la sollicitation d'une source unique [**hyperlien**]**

35. L'article 30-5 énonce les conditions d'utilisation de la sollicitation d'une source unique. La première de ces conditions, énoncée à l'alinéa a), fait référence aux raisons objectives de sollicitation d'une source unique: l'existence d'un seul fournisseur ou entrepreneur capable de fournir l'objet du marché, parce qu'il a des droits exclusifs sur celui-ci ou pour d'autres raisons confirmant l'exclusivité. Les règles sur la description de l'objet du marché figurant à l'article 10 de la Loi type [**hyperlien**] interdisent à l'entité adjudicatrice de formuler la description de l'objet du marché d'une manière qui restreindrait artificiellement le marché à une source unique. S'il existe un risque ou des pratiques de descriptions ainsi restrictives, il convient d'encourager l'utilisation de descriptions fonctionnelles (spécifications concernant les performances ou les résultats). L'État adoptant doit en outre assurer par l'intermédiaire d'autorités appropriées un contrôle suivi de la pratique de ses entités adjudicatrices pour ce qui est de fonder la sollicitation d'une source unique sur cette condition, étant donné que son utilisation abusive pourrait encourager, volontairement ou non, les monopoles et la corruption.

36. Dans ces circonstances, il convient de considérer l'exigence d'un avis préalable de sollicitation d'une source unique (figurant à l'article 34-5 de la Loi type [**hyperlien**]) comme une garantie essentielle: elle met à l'épreuve l'hypothèse de l'entité adjudicatrice selon laquelle il existe un seul fournisseur et renforce ainsi la transparence et la responsabilité pour cet aspect des pratiques de passation des marchés. La sollicitation d'une source unique ne se justifie plus si d'autres fournisseurs se manifestent, pour autant qu'ils soient qualifiés, et il faut alors recourir à une autre méthode de passation de marchés. Une autre pratique optimale, que les règles ou orientations établies par l'organisme chargé des marchés publics ou autre entité similaire devrait souligner, est d'encourager les entités adjudicatrices à planifier les passations de marchés futures et à obtenir les licences appropriées, de sorte à permettre le jeu de la concurrence dans ces passations et à

éviter tout recours inutile à la sollicitation d'une source unique. C'est le cas en particulier de l'achat de produits protégés par un droit de propriété intellectuelle, tels que les pièces de rechange, traditionnellement fournies par sollicitation d'une source unique.

37. La deuxième condition, énoncée à l'alinéa b) – extrême urgence résultant d'un événement catastrophique – recoupe dans une certaine mesure la condition d'utilisation des négociations avec appel à la concurrence en cas d'urgence due à un événement catastrophique (paragraphe 4 b) du présent article). La différence réside dans le niveau d'urgence: l'utilisation de la sollicitation d'une source unique se justifie lorsque l'urgence est telle qu'il serait irréaliste de tenir des négociations avec plus d'un fournisseur. Par exemple, après un événement catastrophique, il peut y avoir un besoin urgent d'eau potable et de fournitures médicales et un autre, normalement moins urgent, d'abris semi-permanents. Comme dans le cas des négociations avec appel à la concurrence, le montant des achats pouvant être faits avec cette méthode sera limité par la nécessité de lier l'ampleur de la passation à l'extrême urgence: le montant des achats pouvant être faits à l'aide des procédures d'urgence devrait être strictement limité aux besoins découlant de la situation d'urgence.

38. L'alinéa c) mentionne les impératifs de normalisation ou de compatibilité par rapport à des produits, équipements, technologies ou services existants comme justification de l'utilisation de la sollicitation d'une source unique. Cette utilisation doit être véritablement exceptionnelle, faute de quoi les besoins invoqués pourraient en réalité être dus à une mauvaise planification de la part de l'entité adjudicatrice (à cet égard, voir également le commentaire au paragraphe 1 ci-dessus). Dans de telles situations, la passation de marchés devrait donc aussi être limitée en taille et en temps.

39. L'alinéa d) justifie l'utilisation de la sollicitation d'une source unique aux fins de protéger des intérêts essentiels de la sécurité de l'État. Cette disposition vise en particulier la passation de marchés mettant en jeu des informations classifiées lorsque l'entité adjudicatrice estime que les informations en question ne seraient pas suffisamment protégées si elle utilisait toute autre méthode de passation, y compris une autre méthode exceptionnelle telle que les négociations avec appel à la concurrence.

40. L'alinéa e) vise à permettre l'utilisation de la sollicitation d'une source unique pour appliquer une politique socioéconomique gouvernementale dans l'État adoptant concerné. La définition du terme "politique socioéconomique" à l'article 2** [**hyperlien**] souligne qu'il s'agit d'un objectif déclaré du gouvernement, énoncé dans d'autres lois ou dans les règlements en matière de passation des marchés, et non d'une politique qu'une entité adjudicatrice donnée pourrait souhaiter appliquer. Il est expliqué dans les articles 8 à 11 [**hyperliens**] que de telles politiques peuvent être appliquées au moyen de la passation d'un marché national (article 8 [**hyperlien**]); de critères de qualification (article 9 [**hyperlien**]); de descriptions et de spécifications (article 10 [**hyperlien**]); et de critères d'évaluation (article 11 [**hyperlien**]).

41. Cet alinéa est rédigé de manière à fournir des garanties afin que la sollicitation d'une source unique ne soit utilisée qu'à titre très exceptionnel: elle ne peut être utilisée que si aucun autre fournisseur ou entrepreneur n'est en mesure d'appliquer

la politique en question. Il convient de l'interpréter de manière très restrictive afin de ne permettre son utilisation pour aucune autre raison. L'exigence d'un avis public préalable de passation de marché (expliquée au paragraphe 1 ci-dessus) et l'exigence de donner la possibilité de formuler des observations permettront de vérifier l'affirmation de l'entité adjudicatrice selon laquelle des circonstances justifient l'utilisation de la sollicitation d'une source unique. Bien que cette étape ne soit pas réglementée en détail dans la Loi type, il faudra, pour que cette possibilité de formuler des observations prenne tout son sens, que l'entité adjudicatrice accorde un délai suffisant entre la publication de l'avis et le début de la procédure de passation. L'entité adjudicatrice peut recevoir des observations de tout membre du public et devrait pouvoir être amenée à fournir des explications. Les règlements en matière de passation de marchés ou d'autres règles et orientations émanant de l'organisme chargé des marchés publics ou d'une entité similaire devraient régir d'autres aspects de ces dispositions, notamment à qui il convient de demander de formuler des observations (par exemple, les populations locales) et quels en seront le but ou l'incidence, en particulier si elles sont négatives. Des orientations supplémentaires devraient être fournies concernant d'autres manières moins restrictives de mettre en œuvre les politiques socioéconomiques, ainsi qu'il est expliqué dans le commentaire mentionné plus haut dans le présent paragraphe.

42. En règle générale, la Loi type n'exige pas l'approbation d'un organe désigné pour le recours à la sollicitation d'une source unique. Cette approche est conforme à la décision de la CNUDCI de ne pas exiger, en règle générale également, que l'entité adjudicatrice obtienne l'approbation d'une autre instance avant de prendre des mesures (on trouvera plus haut, à la section ** du commentaire général [**hyperlien**], de plus amples indications sur ce point). Cependant, à titre exceptionnel et pour souligner le caractère très exceptionnel du recours à la sollicitation d'une source unique dans les conditions visées à l'alinéa e), les États adoptants voudront peut-être prévoir un mécanisme d'approbation préalable. La CNUDCI considère qu'une telle garantie peut être illusoire: il peut y avoir des risques élevés de corruption de la chaîne d'approbation si l'autorisation de recourir à la sollicitation d'une source unique est demandée dans des circonstances irrégulières. D'un autre côté, il peut y avoir une perte injustifiable de temps et d'argent lorsqu'elle est demandée dans des circonstances parfaitement appropriées.

43. Tout comme dans les négociations avec appel à la concurrence, les États adoptants peuvent estimer que certaines des circonstances envisagées pour la sollicitation d'une source unique ne se présenteront probablement pas dans leur système actuel et en conclure qu'il n'est pas nécessaire d'inclure toutes les conditions dans leur droit national. De même, certains États adoptants voudront peut-être imposer des restrictions supplémentaires à la sollicitation d'une source unique, telles que celles examinées plus haut dans le contexte des négociations avec appel à la concurrence [**hyperlien**].

**Article 34-4, 5 et 6. La sollicitation dans le cas d'une source unique [**hyperlien**]**

44. L'article 34-4 régissant la sollicitation d'une source unique est assorti de l'exigence, formulée à l'article 34-5, d'un avis préalable de passation de marché. (On trouvera dans le commentaire concernant la deuxième partie du chapitre II [**hyperlien**] des considérations générales sur le caractère exceptionnel de la

sollicitation directe dans la Loi type (et une explication du terme “sollicitation ouverte”).) L’avis doit préciser en particulier qu’il est recouru à la sollicitation d’une source unique et contenir également un résumé des principales conditions du marché envisagé. Il constitue une mesure essentielle pour permettre le contrôle du public. Sur la base des renseignements publiés, un fournisseur ou entrepreneur lésé peut contester le recours à la sollicitation d’une source unique s’il existe une méthode avec mise en concurrence convenant aux circonstances de la passation. Cette garantie est particulièrement importante dans le contexte de cette méthode de passation, considérée comme exceptionnelle et ne se justifiant que dans les cas très limités visés à l’article 30-5 [**hyperlien**].

45. L’entité adjudicatrice n’est pas tenue de publier cet avis – mais peut néanmoins décider de le faire – si elle recourt à la sollicitation d’une source unique dans des situations d’extrême urgence dues à un événement catastrophique (article 30-5 b) [**hyperlien**]). Cette dérogation est énoncée au paragraphe 6 de cet article. Dans les autres cas justifiant le recours à la sollicitation d’une source unique, l’avis préalable de passation de marché est la règle par défaut, sous réserve de dérogations fondées sur la confidentialité pouvant s’appliquer en vertu des dispositions de la loi de l’État adoptant. Par exemple, la passation de marchés mettant en jeu la protection d’intérêts essentiels de la sécurité de l’État peut également mettre en jeu des informations classifiées; dans de tels cas, l’entité adjudicatrice peut être autorisée (par les règlements en matière de passation des marchés ou par d’autres dispositions de la loi de l’État adoptant) à ne pas publier d’avis concernant la passation de marché. Cette situation peut se produire en particulier lorsque le recours à la sollicitation d’une source unique se fait dans le cadre de la passation d’un marché aux fins de la protection d’intérêts essentiels de la sécurité d’un État en vertu de l’article 30-5 d). (On trouvera plus haut, à la section ** du commentaire général [**hyperlien**], des indications sur les dispositions de la Loi type en matière de confidentialité et de passation de marchés mettant en jeu des informations classifiées.)

46. On trouvera dans l’introduction du chapitre IV [**hyperlien**] des indications supplémentaires sur l’utilisation des avis préalables conformément aux articles 34-5 et 34-6 et sur l’identification objective des fournisseurs qui participeront à la procédure. Les questions qui y sont soulevées sont également pertinentes dans le contexte de la sollicitation d’une source unique.

**Article 52. Sollicitation d’une source unique [**hyperlien**]**

47. L’article 52 énonce les procédures relativement simples de la sollicitation d’une source unique. Cette simplicité reflète le caractère extrêmement souple de la sollicitation d’une source unique, qui ne concerne qu’un seul fournisseur ou entrepreneur, la procédure devenant alors essentiellement une négociation de contrat (sortant donc du champ d’application général de la Loi type). Les questions de concurrence et d’égalité de traitement des fournisseurs ou entrepreneurs dans la procédure de passation de marché, bien qu’importantes au moment où la décision est prise de recourir à cette méthode de passation, ne se posent pas durant la procédure elle-même.

48. Ces dispositions renvoient à l’exigence d’un avis préalable de passation de marché et à la dérogation à cette obligation, visées à l’article 34 [**hyperlien**], exception faite des cas d’urgence décrits dans le commentaire sur la sollicitation, à

la section précédente. Elles contiennent également une obligation d'engager des négociations à moins que ce ne soit pas réaliste compte tenu de la gravité de l'urgence. Cette obligation vise à permettre à l'entité adjudicatrice de négocier et de demander, lorsque cela est possible et nécessaire, des données sur la situation du marché ou des précisions sur les coûts, pour éviter des prix excessifs.

49. Les dispositions du chapitre I s'appliquent généralement à la sollicitation d'une source unique, y compris l'obligation d'abandonner la passation dans les situations décrites à l'article 21 [**hyperlien**]. Les questions examinées dans le commentaire sur cet article sont également pertinentes dans le contexte de la sollicitation d'une source unique (par exemple, si le seul fournisseur doit être exclu de la procédure de passation de marché pour incitation, avantage concurrentiel injuste ou conflit d'intérêts). En outre, plusieurs dispositions de la Loi type visant à la transparence de la procédure de passation s'appliqueront, telles que l'article 23 [**hyperlien**] sur la publication de l'avis d'attribution du marché, l'article 25 [**hyperlien**] sur la tenue d'un procès-verbal complet de la procédure de passation, exposant les justifications de l'utilisation de la sollicitation d'une source unique, en plus de l'exigence générale d'un avis préalable de passation de marché. On ne saurait déduire de la brièveté de l'article 52 que les procédures de sollicitation d'une source unique sont peu réglementées dans la Loi type. Il convient de les appliquer en tenant compte de toutes les dispositions applicables de la Loi type et de tous les règlements en matière de passation des marchés et autres dispositions légales applicables de l'État adoptant.

## A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.13 (Original: anglais)

## Note du Secrétariat concernant le Guide révisé pour l'incorporation qui accompagnera la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa vingt et unième session

ADDITIF

Le présent additif contient une proposition concernant le texte du Guide qui accompagnera le chapitre VI de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics relatif aux enchères électroniques inversées et se compose d'une introduction, d'un commentaire sur les dispositions connexes du chapitre II (article 31) et d'un commentaire sur l'article 53.

# GUIDE POUR L'INCORPORATION DANS LE DROIT INTERNE DE LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LA PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS

## Deuxième partie. Commentaire par article

## Chapitre VI. Enchères électroniques inversées

### A. Introduction

#### 1. Résumé analytique

1. Le terme "enchère électronique inversée" (ou "enchère"), tel que défini dans l'article 2 de la Loi type, désigne une technique d'achat en ligne et en temps réel qu'une entité adjudicatrice utilise pour sélectionner la soumission à retenir. Les fournisseurs ou entrepreneurs ("enchérisseurs") présentent au cours d'une période déterminée des offres successives faisant l'objet d'une évaluation automatique au moyen de systèmes informatiques et télématiques, jusqu'à ce que l'adjudicataire soit trouvé. Dans la définition, la formule "offres de plus en plus basses" renvoie aux réductions successives du prix ou aux améliorations successives des offres générales soumises à l'entité adjudicatrice. Il s'agit donc d'une exception à la règle générale de la Loi type en vertu de laquelle un fournisseur ou un entrepreneur dispose d'une seule occasion de soumettre son prix en réponse à une invitation à soumissionner.

2. Il a été observé que les enchères électroniques inversées comportent de nombreux avantages potentiels. Premièrement, elles peuvent améliorer le rapport qualité-prix grâce à une mise en concurrence successive des enchérisseurs dans un processus dynamique se déroulant en temps réel. L'utilisation d'Internet pour conduire l'enchère peut aussi favoriser une plus large participation et, par là même, renforcer la concurrence. Deuxièmement, les enchères peuvent réduire le temps passé et les frais administratifs engagés dans la passation de marchés ayant pour

objets des biens simples et disponibles dans le commerce et des services normalisés. Troisièmement, les enchères peuvent améliorer la traçabilité interne du processus de passation, car les informations sur les résultats successifs de l'évaluation des offres à chaque étape, ainsi que le résultat final, sont consignées; toutes ces informations sont en outre instantanément portées à la connaissance de l'entité adjudicatrice. Par ailleurs, les enchères peuvent renforcer la transparence puisque chaque enchérisseur est mis au courant instantanément de sa place relative; l'évolution et le résultat de l'enchère sont portés à la connaissance de tous les enchérisseurs instantanément et simultanément. Quatrièmement, la transparence accrue et le processus d'évaluation entièrement automatisé qui limite l'intervention humaine peuvent aider à prévenir les abus et la corruption.

3. Reconnaissant ces avantages potentiels, la Loi type permet les enchères électroniques inversées dans les conditions énoncées à l'article 31 [**hyperlien**], afin que leur utilisation soit autorisée dans des règles, et sous réserve des règles de procédure visées aux articles 53 à 57 [**hyperlien**]. Conformément à l'approche qu'elle adopte pour toutes les méthodes de passation de marchés visées par la Loi type, la CNUDCI prévoit des enchères pour tous les marchés – que ce soit de biens, de travaux ou de services. Même si c'est dans l'acquisition de biens, tels que des fournitures de bureau, que cette méthode trouve son application la plus courante, elle s'utilise aussi dans la pratique pour des services simples, comme des prestations horaires de techniciens agréés dans un domaine donné.

4. L'utilisation des enchères électroniques inversées a augmenté ces dernières années et s'est trouvée facilitée par le fait que les moyens électroniques réduisent considérablement le coût des opérations et permettent de préserver l'anonymat des enchérisseurs du fait que les enchères se font virtuellement et non en personne. C'est pourquoi la Loi type n'autorise que les enchères en ligne comportant un processus d'évaluation automatique qui permet de protéger l'anonymat des enchérisseurs et d'assurer la confidentialité et la traçabilité des procédures. Les enchères de ce type peuvent néanmoins présenter un risque de collusion, en particulier lorsqu'elles constituent seulement une étape de la procédure de passation ou sont précédées par un examen ou une évaluation hors ligne des offres initiales. Ces procédures sont examinées de manière plus détaillée dans le commentaire relatif aux articles du chapitre VI.

5. La mise en place d'un système d'enchères électroniques inversées représente un investissement important et se fait généralement dans le cadre de l'adoption d'un système de passation de marchés en ligne. Il convient de considérer l'examen de la passation de marchés en ligne dans la section ** du commentaire général ci-dessus [**hyperlien**] comme un complément du commentaire relatif au chapitre VI.

### 2. Incorporation: considérations de politique générale

6. L'approche de la CNUDCI consiste à prévoir des dispositions pour les enchères électroniques inversées utilisées pour sélectionner l'adjudicataire. Bien qu'il existe d'autres modèles, qui font intervenir un examen et/ou une évaluation supplémentaire après l'enchère, la Loi type exige que l'enchère électronique inversée constitue en elle-même la phase finale de la procédure de passation de marché dans le cadre de laquelle l'adjudicataire est sélectionné, et que les conditions qui l'ont emporté figurent dans le contrat. Cette approche est considérée comme la plus transparente et la moins risquée en termes d'abus et tient compte de

l'interdiction générale, prévue d'un bout à l'autre de la Loi type, de négocier après l'attribution du marché.

7. Les enchères électroniques inversées prévues dans la Loi type peuvent être utilisées soit comme une méthode de passation autonome ("enchères autonomes"), soit comme l'étape finale précédant l'attribution d'un marché dans d'autres procédures de passation (ou dans les accords-cadres avec mise en concurrence lors de la deuxième étape, "enchères en tant qu'étape") selon le cas. Ces deux types d'enchères nécessitent, dans une certaine mesure, des dispositions différentes; les États adoptants peuvent choisir de prévoir les deux types d'enchères ou un seul. Les dispositions du chapitre VI sont rédigées de manière à permettre l'exercice des deux options sans qu'il soit nécessaire d'apporter des modifications importantes aux dispositions de la Loi type.

8. De par leur nature, les enchères électroniques inversées incitent à une focalisation sur le prix; ainsi, pour les services et les produits normalisés disponibles dans le commerce, l'entité adjudicatrice a tout à gagner d'une forte concurrence sur les prix. Selon des données empiriques il apparaît toutefois que, lorsque les aspects qualitatifs jouent un rôle important, ou lorsque les articles ou services à acquérir ne sont pas normalisés, le risque de compromettre l'efficacité de la passation de marché est plus grand, car les baisses de prix peuvent se traduire par la réduction d'éléments qualitatifs variables (tels que les matériaux utilisés dans la fabrication). Une des inquiétudes que suscitent les enchères électroniques inversées est qu'elles sont relativement simples à mettre en œuvre d'un point de vue administratif une fois établis les systèmes qui les autorisent, si bien qu'elles peuvent être utilisées de manière excessive ou à mauvais escient. Ces utilisations excessives ou inappropriées peuvent être motivées par l'intention de réduire la concurrence, mais au risque d'entraîner une concentration des passations de marchés et de collusion dans le cas d'achats récurrents, ainsi qu'il est expliqué dans les sections ** et ** des remarques générales ci-dessus [**hyperliens**]. Comme l'indiquent les paragraphes ** ci-dessous [**hyperlien**], les conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées et les procédures à suivre ont été conçues pour atténuer ce risque, sans limiter indûment le recours à cette méthode et son potentiel d'évolution à moyen ou long terme.

9. Les enchères électroniques inversées peuvent aussi avoir un effet anticoncurrentiel à moyen et long termes, car elles peuvent être plus vulnérables que d'autres modes de passation aux actes de collusion. En effet, lorsque les fournisseurs qui y participent en viennent à se connaître, il y a risque d'envoi de signaux sur les prix ou d'autres types de collusion, du fait des soumissions successives d'offres dans une enchère individuelle et aussi de l'acquisition régulière ou périodique d'un même objet au moyen de cette procédure[1]. Par comparaison, dans les procédures d'appel d'offres et d'autres procédures traditionnelles, l'identité des fournisseurs n'est pas révélée lors de la soumission des offres.

---

[1] Dans le Glossaire, la collusion sera expliquée comme suit: Il y a collusion lorsque deux enchérisseurs ou plus s'entendent pour manipuler les prix et influer sur ceux-ci de manière à les maintenir artificiellement élevés ou lorsqu'ils se partagent le marché par des manœuvres consistant à gonfler artificiellement le prix des offres ou à ne pas présenter d'offre du tout, ou lorsqu'ils faussent le processus d'une autre manière.

10. Il est donc essentiel de maintenir l'anonymat pour atténuer les risques de collusion dans les enchères électroniques inversées, afin qu'ils n'y soient pas plus élevés que dans d'autres méthodes de passation de marchés. De manière générale, ces enchères sont plus vulnérables aux manipulations de prix, aux envois de signaux sur les prix ou à d'autres pratiques anticoncurrentielles sur les marchés où les fournisseurs ou entrepreneurs potentiellement qualifiés et indépendants sont peu nombreux et se connaissent ou sur les marchés dominés par un ou deux intervenants principaux, ainsi que dans les cas d'enchères répétées avec les mêmes participants car, dans la pratique, il est plus difficile d'y maintenir l'anonymat. Les procédures de la Loi type ont aussi été conçues pour atténuer ce risque, par exemple en encourageant la combinaison d'enchères électroniques inversées et d'accords-cadres ouverts conformément au chapitre VII [**hyperlien** pour des achats répétés], comme il est expliqué plus en détail dans le commentaire relatif à ce chapitre [**hyperlien**].

11. Les dispositions relatives aux conditions d'utilisation des enchères et aux procédures à suivre pour atténuer les risques d'entrave à la concurrence, décrites dans la section suivante, traitent séparément les deux types d'enchères prévues dans la Loi type: dans le cas des enchères envisagées comme une étape dans la passation d'un marché, la prise en compte du risque de collusion et d'autres pratiques anticoncurrentielles exige une évaluation plus approfondie du marché considéré, comme l'explique le commentaire [**hyperlien**]. Pour cette raison, les points concernant la mise en œuvre et l'utilisation décrits dans la section ci-après peuvent également éclairer les décisions concernant l'incorporation dans le droit interne.

12. Les États adoptants voudront examiner s'il convient ou non d'autoriser des garanties de soumission dans les enchères électroniques inversées. Dans les enchères simples, qui incluront la plupart des enchères autonomes, il est peu probable que ces garanties se justifient d'un point de vue financier. Pour des enchères plus complexes, elles pourraient être appropriées. Les règlements ou règles et autres orientations devraient alors préciser quelles en sont les modalités d'utilisation dans la pratique et notamment dans quelles circonstances l'entité adjudicatrice peut les faire jouer. On pourrait par exemple considérer que le défaut d'inscription à une enchère visé à l'article 54 peut empêcher l'entité adjudicatrice de tenir l'enchère du fait du nombre insuffisant d'enchérisseurs pour assurer une concurrence effective. En pratique, toutefois, les enchérisseurs ne peuvent pas être obligés à changer des aspects de leurs offres et peuvent simplement s'abstenir d'enchérir, de sorte que la garantie de soumission est en fait inutile ou, au mieux, d'un mauvais rapport coût/efficacité. Il faudrait aussi examiner les incidences sur la participation future[2].

### 3. Questions d'application et d'utilisation

13. Les considérations de politique générale examinées ci-dessous sont jugées particulièrement importantes pour une introduction et une utilisation efficaces des enchères électroniques inversées, et susceptibles d'inspirer les règlements, règles et orientations qui seront émis à l'appui de la Loi type:

a) Utilisation appropriée des enchères:

---

[2] Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner l'opportunité de faire une recommandation plus forte à ce sujet.

i) Les enchères autonomes conviennent tout particulièrement en cas d'acquisition de biens et services d'usage courant et disponibles sur un marché large et très concurrentiel, lorsque l'entité adjudicatrice est à même de donner une description détaillée ou faisant référence à des normes sectorielles, et lorsque les offres des enchérisseurs présentent les mêmes caractéristiques qualitatives et techniques, par exemple pour des fournitures de bureau, des produits courants, du matériel informatique standard, des produits de construction de base et des services simples. On peut se passer d'un processus d'évaluation complexe; les coûts après acquisition sont limités, voire nuls; et aucun service ou avantage supplémentaire n'intervient une fois le contrat initial rempli. Dans les passations de ce type, le système compare des objets semblables et le prix peut donc être le critère d'évaluation déterminant ou du moins l'un des critères déterminants. Lorsqu'il existe un marché sur Internet, comme pour les fournitures de bureau, les résultats peuvent être optimaux [x réf. catalogues en ligne];

ii) Il est probable que ce type de passation ait lieu sur un marché où les participants sont nombreux, ce qui constitue une garantie d'anonymat et favorise la concurrence. Cependant, si les enchères se répètent, qu'elles fassent ou non partie d'accords-cadres, les règles ou orientations devraient indiquer comment veiller à ce que le même petit groupe d'enchérisseurs n'y prenne pas toujours part; les entités adjudicatrices devraient contrôler leurs procédures et faire le nécessaire pour les modifier s'il y a une quelconque preuve de manipulation (pour de plus amples renseignements, voir le commentaire sur l'article ** ci-dessous [**hyperlien**]);

iii) Les enchères sont moins appropriées pour les marchés où les considérations de prix et de quantité cèdent le pas à des facteurs non quantifiables, notamment pour les marchés de travaux ou de services comportant des prestations intellectuelles qui ne peuvent être quantifiées sur des bases objectives, par exemple des œuvres de conception, ou d'autres marchés basés sur la qualité. Les règles ou orientations devraient donc insister sur le fait qu'il serait inapproprié d'utiliser des enchères dans ces circonstances;

iv) En outre, pour qu'une enchère électronique inversée fonctionne correctement, suscitant des prix bas mais réalistes, il importe que les enchérisseurs connaissent bien leur structure de coûts;

v) Par ailleurs, plus le nombre de critères à évaluer lors de l'enchère est élevé, plus il est difficile pour l'entité adjudicatrice et pour les fournisseurs ou entrepreneurs de comprendre comment la modification d'un élément influera sur le classement d'ensemble. Les enchères seront donc moins appropriées dans les cas où interviennent de nombreuses variables. Il n'y aura pas non plus de réelle concurrence lorsque l'enchère cesse de fait d'être fondée sur une description courante de l'objet du marché. Ce risque est plus élevé lorsque les variables liées aux caractéristiques techniques, qualitatives et de performance de l'objet du marché sont nombreuses;

vi) Dans certaines enchères utilisées comme étape, les conditions énoncées aux alinéas i) et ii) peuvent s'appliquer: par exemple, lorsqu'une enchère fait partie d'un accord-cadre ouvert, d'une procédure de demandes de prix, et

d'autres méthodes caractérisées par la participation de nombreux fournisseurs. Dans d'autres enchères qui présentent certaines ou bien la totalité des caractéristiques décrites aux alinéas iii) à v), les conditions d'utilisation qui s'appliquent sont celles de l'article 31-2, mais ce type d'enchères est probablement inapproprié, à la fois parce qu'il sera plus difficile d'assurer une concurrence effective et parce que le risque de collusion sera vraisemblablement plus élevé qu'il ne le serait dans l'enchère comme étape. Cependant, lorsque des mesures plus précises sont nécessaires au début de la procédure (telles que l'évaluation des qualifications et de la conformité, et éventuellement un classement sur la base de facteurs qualitatifs évalués avant l'enchère), qui font que l'enchère elle-même conserve de plus nombreuses caractéristiques du marché concurrentiel précité, ladite enchère peut réduire le nombre de points qui restent à évaluer et donc se révéler appropriée. Il convient néanmoins de garder à l'esprit que l'on risque ainsi d'ajouter encore à la complexité d'une procédure de passation de marché;

vii) Les règlements ou règles et autres orientations devraient donc guider une entité adjudicatrice qui étudie le marché concerné avant le début d'une procédure de passation de marchés pour recenser les avantages et inconvénients relatifs d'une enchère. Il faudrait, allant en cela dans le sens des commentaires sur la sollicitation figurant dans l'introduction de la deuxième partie du chapitre II, effectuer une évaluation visant à établir si le risque que la collusion l'emporte sur la concurrence serait plus élevé dans une enchère électronique inversée que dans n'importe quelle autre méthode de passation de marchés, avant de déterminer quelles méthode et technique utiliser. Il est possible que les autorités de l'État adoptant chargées de la concurrence soient à même de fournir des informations utiles sur ces risques relatifs, ainsi que sur d'autres, tels que le risque de dumping sur le marché concerné.

b) Mise en place progressive des enchères: Il est recommandé aux États adoptants n'ayant pas l'expérience des enchères électroniques inversées de les introduire progressivement, à mesure qu'ils se familiarisent avec cette technique, c'est-à-dire de commencer par autoriser les enchères fondées uniquement sur le prix, dans lesquelles le prix seul détermine l'offre à retenir, et de passer ensuite, le cas échéant, à des enchères plus complexes, dans lesquelles des critères autres que le prix sont également pris en compte;

c) Renforcement des capacités: En vue de tirer le meilleur parti des enchères électroniques inversées, tant les entités adjudicatrices que les fournisseurs et entrepreneurs doivent avoir confiance dans ce processus et dans ses résultats de sorte à encourager la participation, et doivent être en mesure de les utiliser efficacement. À cette fin, les États devraient être prêts à investir suffisamment de ressources dans des programmes de sensibilisation et de formation à un stade précoce et à prévoir des frais généraux pour former les fournisseurs ou entrepreneurs aux modalités de la participation aux enchères électroniques inversées. Pour l'entité adjudicatrice, la formation devrait porter à la fois sur des questions techniques, comme la manière de quantifier objectivement des critères autres que les prix et de les exprimer de façon à ce qu'ils puissent être intégrés dans l'algorithme ou la formule mathématique automatisés, et sur les informations à donner aux fournisseurs et entrepreneurs, particulièrement lorsqu'il s'agit de petites et moyennes entreprises. Pour les fournisseurs et entrepreneurs, la formation devrait

porter sur le système et son fonctionnement, sur les changements qu'entraîne la conclusion de marchés publics au moyen d'enchères électroniques inversées, et sur les répercussions que ces changements auront sur les opportunités commerciales s'offrant à eux. Faute d'une telle formation, un marché où les achats publics étaient précédemment réalisés avec succès risque d'être abandonné, les prix risquent d'être plus élevés qu'avant l'introduction des enchères et l'investissement des pouvoirs publics dans le système risque de ne porter aucun fruit. Du fait de ce renforcement des capacités, chaque passation entraîne également des frais généraux plus élevés qu'avec les méthodes traditionnelles, tout au moins dans les débuts de l'utilisation des enchères électroniques inversées;

d) Transparence des procédures et de la planification: Une description claire de l'objet du marché et des autres conditions de la passation doit être rédigée et portée à la connaissance des fournisseurs ou entrepreneurs dès le début de la passation du marché, en même temps que la formule qui permettra de sélectionner l'adjudicataire et toutes les informations concernant la manière dont l'enchère sera conduite, en particulier le moment de l'ouverture et les critères régissant la clôture de l'enchère. Ceci pourrait nécessiter une planification plus détaillée que pour les autres méthodes de passation de marchés, et il faudrait en faire prendre conscience aux entités adjudicatrices;

e) Rédaction des critères d'évaluation: En théorie, les dispositions permettent l'application dans l'enchère de tout critère d'évaluation, sous réserve qu'il puisse être intégré dans un algorithme ou une formule mathématique qui évalue et réévalue automatiquement les offres durant l'enchère elle-même, et qui identifie l'offre la mieux classée à chaque étape successive de l'enchère. Pendant l'enchère, chaque offre révisée donne lieu à un classement ou à un reclassement des offres à l'aide de ces techniques automatisées. Vu que l'exigence d'une évaluation automatique impose que les critères d'évaluation puissent être exprimés en termes monétaires, plus ces critères s'éloignent de ceux de prix et d'autres critères similaires (tels que les délais de livraison et les garanties exprimées en pourcentage du prix), moins leur expression en termes monétaires sera objective. Les enchérisseurs peuvent dès lors se sentir moins enclins à participer et le résultat risque d'être moins concluant. Les critères non apparentés au prix peuvent être simples (par exemple, les conditions de livraison et de garantie) ou plus complexes (par exemple, les niveaux d'émission des automobiles); on trouvera dans le commentaire de l'article 11 ci-dessus [**hyperlien**] des indications supplémentaires sur les éléments constitutifs des critères de prix et des autres critères, et sur leur expression en pourcentage du prix total.

14. Les questions techniques telles que l'existence d'une infrastructure adéquate, l'accès aux sites Internet pertinents avec une bande passante suffisante, et les mesures de sécurité propres à éviter le risque accru d'accès non autorisé d'enchérisseurs à des informations commercialement sensibles de leurs concurrents, devraient être traitées dans les règlements, règles ou autres orientations. Les questions d'authenticité, d'intégrité des données et de sécurité et autres sujets généralement liés à l'utilisation de la passation de marchés en ligne sont traités plus haut à la section du commentaire général sur la passation de marchés en ligne [**hyperlien**].

15. Compte tenu du commentaire ci-dessus concernant la nécessité de garantir la bonne utilisation et la mise en place progressive des enchères électroniques

inversées, les États adoptants voudront peut-être limiter – le cas échéant, à titre temporaire – l'utilisation des enchères aux marchés notoirement concurrentiels (par exemple, ceux où les enchérisseurs sont suffisamment nombreux pour assurer la concurrence et conserver l'anonymat) ou au moyen de restrictions qualitatives, par exemple en limitant leur utilisation à l'acquisition de biens, là où les structures de coûts peuvent être plus faciles à déterminer. Longtemps, certains pays se sont servis de listes de biens, travaux ou services se prêtant à la passation de marchés par enchères électroniques inversées ou au contraire ne pouvant être acquis de cette manière. Il s'avère que cette démarche est compliquée dans la pratique car il faut actualiser les listes à mesure que de nouveaux produits ou articles apparaissent. Il pourrait donc être préférable d'établir des listes indicatives d'articles se prêtant à une acquisition par enchères électroniques inversées ou d'énumérer les caractéristiques génériques qui font qu'un article particulier peut ou non faire l'objet d'une passation de marché par cette technique.

16. Les États adoptants souhaiteront peut-être prévoir, par exemple dans les règlements en matière de passation de marchés et autres règles et orientations, des conditions supplémentaires pour l'utilisation des enchères électroniques inversées, par exemple le regroupement d'achats pour amortir les coûts de mise en place du système de tenue des enchères, y compris ceux des tiers fournisseurs de logiciels et de services, et donner des indications sur le concept de critères de "prix" en se fondant sur les dispositions pertinentes de l'article 11 et son commentaire [**hyperliens**].

17. Il est recommandé que l'organisme de passation des marchés publics ou autre entité et les autorités chargées du droit de la concurrence dans l'État adoptant contrôlent la concurrence sur les marchés où des techniques telles que les enchères électroniques inversées sont utilisées. Le système de passation des marchés publics devrait exiger que l'entité adjudicatrice soit bien renseignée sur les opérations similaires antérieures, le marché concerné et la structure de celui-ci.

18. Enfin, il est fréquent que des organismes tiers mettent en place et administrent des enchères pour le compte des entités adjudicatrices, ce qui peut accroître plus encore leur relative facilité d'utilisation et augmenter ainsi les risques d'utilisation excessive ou abusive mentionnés plus haut. Les entités adjudicatrices devraient également être conscientes d'autres problèmes pouvant découler de l'externalisation des décisions du secteur public, par exemple vers des fournisseurs tiers de logiciels et de services; elles peuvent avoir des conflits d'intérêts organisationnels risquant de nuire gravement à la concurrence parce que ces tiers chercheront à maximiser leurs bénéfices en promouvant les enchères électroniques inversées, sans nécessairement se demander si elles constituent une technique appropriée. Ce n'est que dans cette mesure que ces organismes tiers peuvent effectivement émettre un avis concernant les stratégies de passation de marchés. Ces questions, qui se posent également dans le cas d'autres techniques de passation, telles que les accords-cadres et, de manière générale, lorsqu'il est question d'externalisation, sont examinées plus haut à la section ** du commentaire général [**hyperlien**]. La Loi type décourage la facturation de l'utilisation des systèmes de passation de marchés, y compris les enchères, car celle-ci a sur la participation un effet dissuasif qui va à l'encontre des principes et objectifs de la Loi type; la manière de rémunérer un prestataire de services tiers devrait être examinée en tenant compte de ces questions. Enfin, même si l'organisme de passation des marchés publics ou autre entité ou une entité

adjudicatrice confie la tenue d'une enchère ou d'enchères à des prestataires de services tiers, l'organisme compétent ou entité adjudicatrice doit conserver suffisamment de compétence et d'expertise pour superviser les activités de ces prestataires.

## B. Dispositions concernant les enchères électroniques inversées

### Article 31. Conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées [**hyperlien**]

19. L'article 31 définit les conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées, soit comme méthode autonome soit comme étape d'une procédure de passation (auquel cas elles s'ajoutent aux autres conditions d'utilisation de la méthode de passation concernée). Ces conditions visent à atténuer les risques d'utilisation inappropriée ou excessive des enchères électroniques inversées, décrits aux paragraphes ** de l'introduction du présent chapitre [**hyperlien**].

20. Les conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées comme méthode autonome, énoncées au paragraphe 1, reposent sur l'idée que les enchères autonomes visent principalement à satisfaire les besoins d'une entité adjudicatrice en articles normalisés, simples et généralement disponibles, conformément à la description plus détaillée figurant plus haut dans l'introduction du présent chapitre [**hyperlien**].

21. L'obligation de fournir une description précise de l'objet du marché énoncée au paragraphe 1 a), assortie de l'obligation de fournir une description détaillée énoncée à l'article 10 [**hyperlien**], empêchera l'utilisation de cette technique de passation pour la plupart des marchés de services et de travaux, sauf s'ils sont très simples et véritablement quantifiables (par exemple, des travaux d'entretien simples).

22. En formulant ces conditions du marché et d'autres, les entités adjudicatrices devront mentionner clairement les caractéristiques techniques et qualitatives précises de l'objet du marché, comme l'exige l'article 10 de la Loi type, de manière à ce que les enchérisseurs fassent leurs offres sur une base commune. À cet égard, la comparaison automatique des offres signifie qu'il est généralement plus efficace de fournir des spécifications techniques plutôt que fonctionnelles. Il est donc souhaitable d'utiliser un vocabulaire commun pour les marchés publics pour désigner les biens, travaux ou services au moyen de codes ou par référence à des normes générales définies par le marché.

23. Le paragraphe 1 b) vise à atténuer les risques de collusion et à garantir une concurrence rigoureuse lors des enchères autonomes (voir l'examen de ces questions aux paragraphes ** de l'introduction du présent chapitre [**hyperlien**]). Il exige l'existence d'un marché concurrentiel de fournisseurs ou d'entrepreneurs dont on pense qu'ils sont qualifiés pour participer à l'enchère électronique inversée, mais n'impose pas de minimum en tant que tel. Il est cependant complété par l'article 55-2 [**hyperlien**], en vertu duquel l'entité adjudicatrice a le droit d'abandonner l'enchère si le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs inscrits pour y participer est insuffisant pour assurer une concurrence effective pendant l'enchère (voir aux paragraphes ... du présent Guide

les indications concernant les dispositions pertinentes de l'article 55-2 [**hyperlien**]).

24. Il ne faut pas déduire de la référence du paragraphe 1 b) à des fournisseurs ou entrepreneurs "dont on pense qu'ils sont qualifiés" pour participer à l'enchère électronique inversée qu'une passation de marché par enchères électroniques inversées nécessite une préqualification. Il peut se produire que, pour gagner du temps et de l'argent, les qualifications de l'enchérisseur retenu ne soient évaluées qu'après l'enchère. Voir aux paragraphes ... du présent Guide les indications concernant les dispositions pertinentes de l'article 57 [**hyperlien**].

25. L'attribution de marchés par enchères électroniques inversées peut se fonder sur le prix seulement ou sur le prix et d'autres critères précisés au début de la procédure de passation. Lorsque des critères autres que le prix sont utilisés pour déterminer quelle est la soumission à retenir, le paragraphe 1 c) exige qu'ils soient quantifiables et puissent être exprimés en termes pécuniaires (par exemple, en chiffres ou en pourcentages): cette disposition l'emporte sur la réserve exprimée à l'article 11 selon laquelle l'expression en termes pécuniaires doit se faire "dans la mesure où cela est faisable" [**hyperlien**]. Bien que tous les critères puissent en théorie être exprimés en de tels termes, comme on l'a noté plus haut [**hyperlien**], on obtiendra un résultat optimal si les critères d'évaluation peuvent de manière objective et démontrable être exprimés en ces termes.

26. Le paragraphe 2 porte sur l'utilisation des enchères électroniques inversées en tant qu'étape. Elles peuvent être utilisées pour la mise en concurrence lors de la deuxième étape d'un accord-cadre, où le nombre de variables à prendre en compte dans l'enchère est limité. Il y aura des risques de collusion, les enchérisseurs se connaissant, mais ces risques sont inhérents à l'utilisation d'accords-cadres fermés, et la question de savoir si des enchères électroniques inversées telles que décrites ci-dessus sont indiquées ou non, doit donc être réglée en même temps que les modalités de l'accord-cadre. Même si, en vertu de leurs conditions souples d'utilisation en tant qu'étape dans toutes les méthodes de passation de marchés visées par la Loi type, elles peuvent être utilisées, elles ne sont pas toujours appropriées, comme il est indiqué plus haut aux paragraphes ** du commentaire général [**hyperlien**], surtout si une grande importance est accordée à la qualité et si l'évaluation de celle-ci ne se limite pas à l'examen de critères de conformité. Dans de tels cas, il peut souvent être impossible ou peu indiqué d'évaluer les aspects qualitatifs de manière automatique dans le cadre de l'enchère. Puisque la Loi type exige que l'enchère soit la phase finale avant l'attribution d'un marché, les enchères ne peuvent non plus être utilisées si les aspects qualitatifs doivent être évalués ensuite (sur ces questions, voir plus haut les paragraphes ** du commentaire sur l'introduction de ce chapitre [**hyperlien**]).

### Article 53. Enchère électronique inversée en tant que méthode de passation de marchés autonome

La sollicitation dans le cas des enchères électroniques inversées

27. L'article 53 énonce en premier lieu les procédures à suivre pour solliciter la participation à une passation de marché au moyen d'une enchère autonome, et incorpore par référence les dispositions de l'article 33 (qui régissent également l'appel d'offres ouvert) [**hyperlien**]. Bien que des procédures de base

s'appliquent à toutes les enchères autonomes, les procédures de chaque passation de marché dépendront de la complexité de l'enchère concernée. Certaines enchères peuvent être très simples, ne requérant même pas la vérification des qualifications des enchérisseurs ni de la conformité de leurs offres avant l'enchère, alors que d'autres peuvent être plus complexes et nécessiter l'examen et l'évaluation des offres initiales. La préqualification est peu probable dans le type de passation de marchés concerné mais est possible en théorie. La complexité des procédures sera fonction de l'objet du marché, des critères d'examen et d'évaluation à utiliser et du moment de la vérification des qualifications (avant l'enchère ou, comme l'autorise l'article 57-2 après l'enchère et seulement pour l'enchérisseur retenu).

28. Par exemple, dans la passation de marchés de produits standard, il n'y a pratiquement aucun risque que les offres s'avèrent non conformes et peu de risques que les enchérisseurs n'aient pas les qualifications requises. Le besoin de procéder à des vérifications avant l'enchère est donc corrélativement bas. Dans de tels cas, une simple déclaration des fournisseurs ou entrepreneurs avant l'enchère peut suffire (disant par exemple qu'ils possèdent les qualifications requises, comprennent la nature de l'objet du marché et peuvent le fournir). Dans d'autres cas, il peut être nécessaire de vérifier la conformité avant l'enchère (par exemple, si seuls les fournisseurs ou entrepreneurs pouvant livrer des voitures avec un niveau d'émissions maximum préalablement fixé doivent être admis à l'enchère), et des offres initiales telles que celles décrites au paragraphe suivant seront donc nécessaires. Dans certains de ces cas, l'entité adjudicatrice voudra peut-être classer les fournisseurs ou entrepreneurs ayant soumis des offres initiales conformes avant l'enchère (dans l'exemple donné, les fournisseurs ou entrepreneurs dont les offres initiales respectent le seuil fixé seront classés sur la base des niveaux d'émissions), de manière à indiquer leur position relative et l'ampleur de l'amélioration qu'ils devront peut-être apporter à leurs offres pendant l'enchère pour augmenter leurs chances de l'emporter. Dans de tels cas, l'enchère doit être précédée d'une évaluation des offres initiales. L'article a été rédigé de manière à tenir compte de toutes ces différentes options.

29. L'article 53-1 réglemente la sollicitation des offres dans les enchères autonomes. En renvoyant aux dispositions de l'article 33 [**hyperlien**], il exige une sollicitation ouverte, exprimant ainsi l'une des conditions d'utilisation des enchères électroniques autonomes inversées comme méthode autonome de passation de marchés: l'existence d'un marché concurrentiel (voir article 31-1 b) [**hyperlien**]). En exigeant également une sollicitation internationale – règle par défaut prévue dans la Loi type – les dispositions visent à assurer la plus large participation possible à une enchère électronique inversée. Les exceptions limitées à la sollicitation internationale sont celles qui s'appliquent à d'autres méthodes de passation exigeant une sollicitation ouverte et sont énumérées à l'article 33-4 (passation de marché national conformément à l'article 8 et marchés de faible valeur. Voir à la section/aux paragraphes ... ci-dessus [**hyperliens**] le commentaire sur l'article 33-4). Si l'enchère est précédée d'une préqualification, les dispositions de l'article 18 s'appliqueront à la procédure de préqualification et à la sollicitation d'offres auprès de ceux qui ont été préqualifiés (il convient de relever que ces dispositions ont aussi été rédigées de manière à ce que la sollicitation internationale publique et sans restriction soit la règle par défaut).

30. Les dispositions sur la sollicitation ont été conçues pour remplir une des conditions essentielles de l'utilisation des enchères électroniques inversées en tant que méthode autonome, à savoir une concurrence effective pendant l'enchère (article 31-1 b) [**hyperlien**]). L'importance qu'il y a à remplir cette condition est soulignée dans d'autres dispositions de ce chapitre: par exemple à l'article 53 [**hyperlien**] qui exige que le nombre minimum de fournisseurs ou d'entrepreneurs devant s'inscrire à l'enchère soit précisé dans l'invitation à l'enchère (paragraphe 1 j) [**hyperlien**]) et impose l'abandon de l'enchère si ce nombre minimum d'inscrits n'est pas atteint. En outre, conformément à l'article 55-2 [**hyperlien**], l'entité adjudicatrice peut abandonner l'enchère même si le minimum exigé est atteint, si elle considère que le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs inscrits est insuffisant pour garantir une concurrence effective.

31. Le paragraphe 1 donne en outre la liste de toutes les informations que doit comporter l'invitation à l'enchère. Puisque, dans les enchères simples, l'invitation est suivie par l'enchère même et qu'aucune information complémentaire ne peut être fournie, cette liste énumère de manière exhaustive toutes les informations qui doivent être communiquées aux fournisseurs ou entrepreneurs avant l'enchère. Le but est de leur permettre de déterminer s'ils souhaitent prendre part à la procédure de passation et s'ils remplissent les conditions requises et, dans l'affirmative, comment ils peuvent participer. Les exigences concernant ces informations sont semblables à celles qui s'appliquent à l'invitation à soumettre une offre (article 37 [**hyperlien**]) et à la teneur du dossier de sollicitation dans les procédures d'appel d'offres ouvert (article 38 [**hyperlien**]). Comme il est indiqué plus haut aux paragraphes ** de l'introduction du présent chapitre [**hyperlien**], la Loi type décourage la facturation de l'utilisation des systèmes de passation de marchés. Si malgré cela un droit de participation à l'enchère est perçu, conformément à la position adoptée pour toutes les méthodes de passation de marchés, cela doit au moins être signalé dans l'invitation.

32. D'autres informations (que celles de la liste pour l'appel d'offres ouvert) ont été ajoutées à la liste compte tenu des particularités procédurales de cette méthode de passation de marché et notamment du fait qu'elle se déroule en ligne et que les offres sont évaluées de manière automatique pendant l'enchère. L'alinéa g) précise qu'il faut communiquer aux fournisseurs ou entrepreneurs potentiels non seulement les critères et les procédures d'évaluation mais aussi la formule mathématique utilisée lors de la procédure d'évaluation pendant l'enchère. L'évaluation automatique des offres au moyen d'une formule mathématique est une des particularités des enchères électroniques inversées et n'est possible que si les critères d'évaluation sont quantifiables et exprimés en termes pécuniaires (comme l'exige l'article 31-1 c) [**hyperlien**]). La communication de la formule mathématique dès le début de la passation de marché garantit que les offres seront évaluées de façon transparente et égale. Ces informations et l'obligation énoncée au paragraphe 4 c) de donner aux fournisseurs ou entrepreneurs soumettant des offres initiales les résultats de toute évaluation préalable à l'enchère, ainsi que l'exigence formulée à l'article 56-2 [**hyperlien**] de tenir les enchérisseurs informés de l'avancement de l'enchère, permettent à ceux-ci de déterminer leur position pendant l'enchère de façon transparente et indépendamment de l'entité adjudicatrice et du système. Ils peuvent ainsi s'assurer de l'intégrité du processus d'évaluation.

33. Les informations visées aux alinéas j) à p) sont également spécifiques aux enchères électroniques inversées. L'alinéa j) exige que soit indiqué le nombre minimum de fournisseurs ou d'entrepreneurs devant s'inscrire à l'enchère afin que celle-ci puisse avoir lieu. L'importance de cette information pour garantir une concurrence effective durant l'enchère est soulignée au paragraphe ** ci-dessus [**hyperlien**]. Un minimum unique ne peut être fixé dans le texte de la Loi type (alors que c'est le cas pour d'autres méthodes de passation de marché, telles que la demande de prix, où un minimum de trois prix est fixé). Cela s'explique par le fait qu'un minimum de trois enchérisseurs peut suffire à remplir la condition de concurrence effective, à garantir l'anonymat des enchérisseurs et à éviter la collusion dans certaines enchères mais pas dans d'autres. Les circonstances de chaque marché guideront l'entité adjudicatrice pour ce qui est de fixer le minimum adéquat. Pour éviter la collusion, elle devrait fixer ce minimum au niveau le plus élevé possible, sachant toutefois qu'elle devra abandonner l'enchère si ce minimum n'est pas atteint (alors que l'article 55-2 [**hyperlien**] l'autorise à abandonner l'enchère même si le minimum a été atteint, par exemple si elle soupçonne une collusion entre les fournisseurs ou entrepreneurs inscrits ou si une véritable concurrence ne peut être assurée même avec le minimum fixé (voir le commentaire pertinent sur l'article 55-2 au paragraphe ... ci-dessous) [**hyperlien**]). L'objectivité et l'équité dans le traitement des fournisseurs ou entrepreneurs ne devraient pas être négligées dans ce contexte.

34. L'alinéa k) est une disposition facultative (figurant donc entre crochets) qui permet de fixer un nombre maximum d'enchérisseurs et indique la procédure et les critères à suivre pour sélectionner ce maximum. Comme l'explique la note de bas de page correspondante, les États ne devraient pas l'incorporer si techniquement leur situation ne l'exige pas mais s'ils l'incorporent, ils doivent y adjoindre le paragraphe 2 de cet article pour apporter des garanties essentielles contre les abus. La CNUDCI a autorisé cette mesure dans les enchères électroniques inversées pour tenir compte des limites de capacité technique qui restreignent l'accès aux systèmes concernés (par exemple, si le logiciel acquis pour la tenue des enchères électroniques inversées ne peut admettre qu'un certain nombre maximum d'enchérisseurs). Cependant, les États adoptants devraient savoir que ces limites de capacité disparaissent rapidement et que la disposition devrait devenir obsolète d'ici peu.

35. La fixation d'un maximum contredit le principe général de la Loi type selon lequel la concurrence doit être pleine et ouverte; elle n'est donc autorisée que dans les circonstances exceptionnelles indiquées. L'idée est de limiter le nombre de participants pour des raisons pratiques mais non le principe de concurrence, et cette limitation n'est autorisée que dans la mesure où des limites de capacité technique le justifient effectivement. La sélection des participants dans ce minimum fixé doit se faire uniquement selon des critères et procédures préalablement communiqués et non discriminatoires. Pour sélectionner les participants sur une base objective, l'entité adjudicatrice peut utiliser diverses techniques comme il est expliqué plus en détail dans le commentaire de l'introduction du chapitre IV, notamment la sélection aléatoire, le tirage au sort ou une solution de type "premier arrivé, premier servi" [**hyperlien**], ou encore l'application d'autres critères permettant de faire le tri

parmi les enchérisseurs, pour autant qu'ils ne soient pas discriminatoires[3]. Cette approche relativement informelle reflète le fait que s'il y a un nombre suffisant de participants, le marché sera suffisamment homogène pour que les meilleures offres du marché puissent être soumises. Comme il est indiqué dans le commentaire de l'introduction du chapitre IV [**hyperlien**], ni la préqualification ni l'examen des offres initiales, qui consistent en l'application de critères d'admission ou de rejet, ne permettent de sélectionner un nombre prédéterminé de fournisseurs ou d'entrepreneurs répondant le mieux aux critères de qualification ou d'offres les mieux classées. (Voir aux paragraphes ** ci-dessous [**hyperlien**] une description des offres initiales.)

36. Les alinéas l) à p) énumèrent les informations à fournir sur les aspects techniques de l'enchère compte tenu du fait qu'elle se déroule en ligne et afin d'assurer la transparence et la prévisibilité du processus (spécifications de connexion, matériel utilisé, site Web, tout logiciel particulier, les caractéristiques techniques et, le cas échéant, la capacité). La Loi type n'énumère que les exigences fonctionnelles minimales essentielles à la bonne conduite des enchères électroniques inversées et les exprime dans des termes technologiquement neutres. Ces exigences devraient être complétées par des règlements et d'autres règles ou orientations, afin de fournir des précisions: par exemple, la réglementation doit préciser quels sont les critères de clôture de l'enchère dont il est question à l'alinéa o), tels que: i) lorsque la date et l'heure spécifiées pour la clôture de l'enchère sont passées; ii) lorsque l'entité adjudicatrice, dans une période déterminée, ne reçoit plus de nouveaux prix ou de nouvelles valeurs valables constituant une amélioration par rapport à l'offre la mieux classée; ou iii) lorsque toutes les étapes de l'enchère annoncées dans l'avis d'enchère électronique inversée sont terminées. Les règlements ou autres règles devraient aussi préciser que chacun de ces critères peut nécessiter la communication préalable d'informations spécifiques complémentaires; les orientations devraient s'étendre davantage sur les types d'informations concernées. Par exemple, le point ii) ci-dessus nécessiterait d'indiquer le temps qui devra s'écouler entre la réception de la dernière offre et la clôture de l'enchère. Le point iii) ci-dessus nécessiterait de préciser au préalable si l'enchère comportera une phase ou plusieurs (dans le second cas, les informations communiquées devraient mentionner le nombre de phases et la durée de chacune d'elles et ce qui se passe à la fin de chaque phase, par exemple si l'exclusion d'enchérisseurs à la fin de chaque phase est envisagée).

37. En ce qui concerne l'alinéa p), la réglementation devrait aussi exiger que soient indiqués: i) les procédures à suivre en cas de défaillance, dysfonctionnement ou panne du système utilisé au cours de l'enchère; ii) quand et comment les informations seront mises à la disposition des enchérisseurs au cours de l'enchère (au minimum, et afin d'assurer l'égalité de traitement, la même information devrait être communiquée simultanément à tous les enchérisseurs); et iii) s'agissant des conditions auxquelles les participants pourront enchérir, l'amélioration minimale, en prix ou autre valeur de toute nouvelle offre faite durant l'enchère ou les limites à une telle amélioration. Dans ce dernier cas, les informations doivent expliquer ces limites (qui peuvent découler des caractéristiques techniques des objets à acquérir).

---

[3] Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si ces dispositions apportent véritablement une plus grande souplesse que celles des méthodes de passation de marchés visées au chapitre IV, comme l'indique le présent commentaire.

Connaissant l'ensemble de ces éléments, des fournisseurs ou entrepreneurs peuvent décider de ne pas participer à une procédure de passation se faisant par enchères électroniques inversées, par exemple en raison d'un manque de capacité technique, de connaissances informatiques ou de confiance dans le processus.

38. Ces informations détaillées peuvent être communiquées dans l'avis d'enchère électronique inversée ou, par référence, dans les règles de conduite de l'enchère, à condition que tous les fournisseurs ou entrepreneurs aient connaissance de l'ensemble des informations pertinentes suffisamment longtemps avant l'enchère, de sorte qu'ils puissent préparer convenablement leur participation. Il convient de noter qu'il ne sera peut-être pas toujours possible de communiquer toutes les informations pertinentes dans l'invitation. Par exemple, dans une enchère complexe nécessitant un examen ou une évaluation des offres initiales (voir par. **16 à 21** ci-dessus), le délai d'inscription à l'enchère (alinéa m)) et la date et l'heure de son ouverture (alinéa n)) ne seront peut-être pas connus avec certitude avant la fin de l'examen ou de l'évaluation. Il faudra peut-être déterminer les critères de clôture de l'enchère lorsque seront connus le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs inscrits à l'enchère et d'autres éléments influant sur la structure de l'enchère (par exemple si elle se tient en un ou plusieurs tours). S'il n'est pas possible de communiquer avec précision toutes les informations pertinentes, l'invitation doit au moins énoncer les critères généraux, les critères spécifiques pouvant être définis à un stade ultérieur du processus mais en aucun cas après le début de l'enchère.

39. Certaines des informations énumérées au paragraphe 1 doivent être interprétées par référence à d'autres dispositions du chapitre. Par exemple, l'alinéa f), qui renvoie aux critères et à la procédure d'examen des offres par rapport à la description de l'objet du marché, devrait se lire conjointement avec les dispositions de l'article 57-2 [**hyperlien**], qui permet qu'en cas d'enchères très simples, l'examen de l'offre retenue se fasse après l'enchère. L'alinéa f) englobe aussi les critères qui ne peuvent être modifiés pendant l'enchère (tels que les exigences techniques minimales). L'alinéa s), qui précise que doivent être mentionnés le nom, le titre fonctionnel et l'adresse d'une ou plusieurs personnes chargées au sein de l'entité adjudicatrice de communiquer directement avec les fournisseurs ou entrepreneurs "concernant la procédure de passation de marché avant et après l'enchère", doit être lu conjointement avec les dispositions de l'article 56-2 d) [**hyperlien**], qui interdit toute communication entre l'entité adjudicatrice et les enchérisseurs pendant l'enchère.

40. Certaines informations devant être fournies dans d'autres méthodes de passation de marché ne sont pas indiquées dans le contexte des enchères électroniques inversées et ne sont donc pas mentionnées au paragraphe 1. Par exemple, les offres ne portant que sur une ou plusieurs parties de l'objet du marché ne sont pas permises (il faudrait alors tenir des enchères distinctes dans la même procédure de passation de marché). Aucune disposition n'autorise de réunion de fournisseurs ou d'entrepreneurs, afin de préserver l'anonymat des enchérisseurs. L'alinéa x), qui concerne les formalités d'après l'enchère, ne comporte aucune référence à l'approbation d'une autorité extérieure, afin de tenir compte à la fois des conditions d'utilisation des enchères autonomes et du type d'objet dont l'acquisition est envisagée par voie d'enchère conformément à l'article 31-1 [**hyperlien**] de la Loi type. La signature d'un marché écrit en application de l'article 22 [**hyperlien**] de la Loi type n'est cependant pas exclue et des formalités

spécifiques au contexte des enchères électroniques inversées, telles que la possibilité d'évaluer les qualifications ou la conformité après l'enchère, ont été ajoutées.

41. Le paragraphe 2, qui traite de l'imposition d'un nombre maximum de fournisseurs ou d'entrepreneurs pouvant s'inscrire à l'enchère, a été examiné dans le commentaire sur le paragraphe 1 k) de l'article (voir paragraphe ** ci-dessus). Il convient de noter que l'entité adjudicatrice ne peut imposer un tel maximum que dans la mesure où l'exigent les limites de la capacité technique de son système de communication. Comme dans le cas des accords-cadres ouverts, les États adoptants devraient savoir que les progrès techniques rendront probablement cette disposition obsolète à court ou moyen terme.

42. Les paragraphes 3 et 4 énoncent des prescriptions additionnelles pour le contenu de l'invitation à l'enchère et pour les autres étapes précédant l'enchère en tant que méthode autonome comportant des offres initiales. Bien qu'une enchère fondée uniquement sur le prix n'exige normalement pas d'offres initiales ni d'autres procédures préalables, les dispositions sont suffisamment souples pour permettre cette éventualité (si par exemple l'entité adjudicatrice juge essentiel d'imposer des exigences techniques minimales). L'État adoptant peut omettre ces deux paragraphes s'il décide de ne prévoir dans sa législation nationale sur les marchés publics que des enchères très simples ne comportant pas de phase préalable à l'exception de l'invitation et de l'inscription à l'enchère.

43. Dans les enchères plus complexes, si l'entité adjudicatrice veut examiner les qualifications des enchérisseurs et la conformité des offres avant l'enchère et demande donc des offres initiales, elle doit inclure dans l'invitation à l'enchère les informations visées au paragraphe 3, qui viennent donc s'ajouter à celles énumérées au paragraphe 1. Dans de tels cas, l'entité adjudicatrice doit à la fois demander des offres initiales et donner des instructions suffisamment détaillées pour leur préparation, en indiquant notamment la portée de ces offres, la langue dans laquelle elles doivent être établies et les modalités, le lieu et la date limite de présentation. Les alinéas f) et g) du paragraphe 1 concernant les critères d'examen et d'évaluation des offres seront aussi applicables aux offres initiales, et les informations à fournir conformément à ces alinéas devront donc concerner ces étapes avant et pendant l'enchère. Puisqu'il y aura chevauchement entre les informations à fournir concernant les offres initiales et concernant les offres soumises au cours de l'enchère, l'entité adjudicatrice doit bien indiquer quelle information se rapporte à quelle étape, afin d'éviter toute confusion (notamment en ce qui concerne d'une part les modalités, le lieu et la date limite de présentation des offres initiales, d'autre part les modalités d'accès à l'enchère, les modalités et le délai d'inscription à l'enchère, et les différents critères et procédures d'évaluation). Les informations fournies concernant la préparation, l'examen ou l'évaluation des offres initiales doivent être soigneusement rédigées pour permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs de préparer leurs offres initiales et leur garantir qu'elles seront examinées ou évaluées en toute égalité.

44. Le paragraphe 4 réglemente les autres étapes préalables à l'enchère requises pour l'examen ou l'évaluation des offres initiales. Afin de permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs lésés de former une contestation efficace, un avis motivé de rejet doit être adressé sans délai au fournisseur ou à l'entrepreneur dont l'offre initiale a été rejetée. Les dispositions du paragraphe 4 ne régissent pas les

motifs de rejet mais les dispositions du chapitre premier de la Loi type s'appliqueront, notamment l'article 9 [**hyperlien**] qui énonce les motifs de disqualification, l'article 10 [**hyperlien**] qui énumère les critères de conformité, l'article 20 [**hyperlien**] sur le rejet des soumissions anormalement basses et l'article 21 [**hyperlien**] sur l'exclusion d'un fournisseur ou entrepreneur au motif d'incitations, d'un conflit d'intérêts ou d'un avantage concurrentiel injuste. Pour plus de commodité, l'État adoptant voudra peut-être envisager d'énumérer tous les motifs de rejet des offres initiales dans les règlements en matière de passation des marchés ou autres règles ou orientations.

45. Tous les fournisseurs ou entrepreneurs qui soumettent des offres initiales conformes doivent être invités à l'enchère sauf si les dispositions des paragraphes 1 k) et 2 ont été adoptées et si le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs devant être invités a été limité par l'entité adjudicatrice conformément à ces dispositions. Dans ce cas, l'entité adjudicatrice peut rejeter des offres conformément aux critères et à la procédure de sélection du nombre maximum précisés dans l'invitation à l'enchère. Si le nombre des fournisseurs ou entrepreneurs soumettant des offres initiales conformes s'avère inférieur au minimum fixé conformément au paragraphe 1 j), l'entité adjudicatrice doit abandonner l'enchère; si ce nombre est supérieur au minimum mais reste insuffisant pour assurer une concurrence effective pendant l'enchère, l'entité adjudicatrice peut décider d'abandonner l'enchère conformément à l'article 55-2 [**hyperlien**] (voir le commentaire pertinent de l'article 54-2 [**hyperlien**]).

46. Comme mentionné au paragraphe 2 ci-dessus, certaines enchères complexes peuvent comporter un examen et toutes les offres initiales atteignant le seuil minimum sont admises à l'enchère. Dans d'autres cas, les offres initiales font également l'objet d'une évaluation et peuvent être classées. Le classement des fournisseurs ou entrepreneurs ayant soumis une offre conforme et d'autres informations sur le résultat de l'évaluation doivent alors leur être communiqués, conformément au paragraphe 4 c), avant que l'enchère ne puisse commencer. Dans les enchères complexes, l'entité adjudicatrice peut recevoir des offres initiales dépassant de beaucoup les exigences minimales, en particulier si les fournisseurs sont autorisés à proposer des articles présentant des avantages techniques différents et donc un niveau de prix différent, et le classement peut avoir d'importantes répercussions sur la participation à l'enchère elle-même, contraignant l'entité adjudicatrice à déterminer s'il y a bien une concurrence effective.

47. Les informations à communiquer aux fournisseurs ou entrepreneurs concernant les résultats de l'évaluation et un éventuel classement peuvent varier d'une enchère à l'autre; dans tous les cas, elles doivent être suffisantes pour leur permettre de déterminer avant l'enchère leur position par rapport à leurs concurrents, de sorte qu'ils puissent enchérir de façon efficace et conforme pendant celle-ci. Avec la formule mathématique qui sera utilisée pendant l'enchère, précisée dans l'invitation à l'enchère conformément au paragraphe 1 g), ces informations devraient permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs d'évaluer eux-mêmes leurs chances de réussite et de déterminer quels aspects de leurs offres ils devraient et pourraient changer, et de combien, pour améliorer leur classement. Le risque de conflit entre la transparence complète et la nécessité de faciliter la collusion en transmettant ces informations aux enchérisseurs est examiné plus haut au paragraphe 3 du commentaire sur l'article 56 [**hyperlien**], qui prévoit des possibilités à envisager à cet égard.

48. Les dispositions du paragraphe 4 visent à préserver l'anonymat des enchérisseurs et la confidentialité des informations concernant leurs offres initiales et le résultat de tout examen ou évaluation. Seules les informations concernant l'offre initiale sont fournies à chaque enchérissement. Pour garantir un traitement juste et équitable des fournisseurs et entrepreneurs, les informations doivent être envoyées rapidement et simultanément à tous.

## A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.14 (Original: anglais)

## Note du Secrétariat concernant le Guide révisé pour l'incorporation qui accompagnera la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa vingt et unième session

ADDITIF

Le présent additif contient une proposition concernant le texte du Guide qui accompagnera les articles 54 à 57 du chapitre VI (enchères électroniques inversées) de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

# GUIDE POUR L'INCORPORATION DANS LE DROIT INTERNE DE LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LA PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS

## B. Dispositions concernant les enchères électroniques inversées à insérer dans le commentaire par article (*suite*)

### Article 54. Enchère électronique inversée en tant qu'étape précédant l'attribution du marché

1. L'article régit les procédures à suivre pour solliciter la participation à une passation dont l'enchère électronique inversée constitue une étape. Les conditions d'utilisation de ces enchères électroniques inversées sont examinées dans le commentaire de l'article 30, aux paragraphes ** ci-dessus [**hyperlien**].

2. Le paragraphe 1 fait référence aux informations minimales à fournir lorsque l'entité adjudicatrice sollicite pour la première fois la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à une procédure de passation dont l'enchère électronique inversée constitue une étape. Outre toutes les autres informations qui doivent être données aux fournisseurs ou entrepreneurs, les dispositions du paragraphe 1 imposent à l'entité adjudicatrice de préciser qu'une enchère électronique inversée sera tenue, de donner la formule mathématique qui sera utilisée pendant l'enchère et de communiquer toutes les autres informations nécessaires pour participer à l'enchère. La communication de ces informations minimales dès le début de la procédure de passation de marché est primordiale afin de permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs de déterminer non seulement s'ils souhaitent mais aussi s'ils peuvent participer à la procédure. Des fournisseurs ou entrepreneurs peuvent renoncer à participer à une procédure de passation impliquant une enchère électronique inversée une fois qu'ils connaissent toutes les conditions, comme il est expliqué au paragraphe ** ci-dessus [**hyperlien**].

3. Une fois annoncée, l'enchère électronique inversée sera la méthode de sélection du fournisseur ou de l'entrepreneur à retenir, à moins que le nombre de participants soit insuffisant pour assurer une concurrence effective. Dans ce cas et

conformément à l'article 55-2 [**hyperlien**], l'entité adjudicatrice a le droit d'abandonner l'enchère. Elle a aussi un droit distinct, conféré par l'article 19 [**hyperlien**], d'abandonner la passation de marché. Ce droit peut être exercé en particulier si elle apprend qu'il existe un risque de collusion, par exemple si l'anonymat des enchérisseurs a été compromis au cours d'une phase antérieure de la procédure.

4. Le paragraphe 2 mentionne la phase qui précède immédiatement la tenue de l'enchère, une fois que toutes les autres étapes obligatoires de la procédure en question ont été achevées (telles que la préqualification, l'examen ou l'évaluation des offres initiales) et que la seule étape restante consiste à déterminer l'offre à retenir par voie d'enchère. L'entité adjudicatrice doit communiquer aux participants restants des informations détaillées sur l'enchère: le délai pour s'inscrire, la date et l'heure de l'ouverture de l'enchère, les conditions d'identification et toutes les règles applicables à la conduite de l'enchère. Les dispositions des articles 53 et 54 [**hyperlien**] ont été rédigées de sorte que des informations équivalentes soient données aux participants à des enchères autonomes et à des enchères en tant qu'étape. Les informations requises font l'objet d'un examen plus poussé dans le commentaire de l'article 53 (voir paragraphes ** ci-dessus [**hyperlien**]).

**Article 55. Inscription à l'enchère électronique inversée et délai pour tenir l'enchère**

5. Cet article, qui régit les aspects essentiels de l'inscription à l'enchère et le délai pour tenir celle-ci, vise à assurer aux enchérisseurs qui y participent un traitement juste et équitable grâce aux exigences de transparence énoncées aux paragraphes 1 et 2. Ces exigences sont les suivantes: communication rapide à chaque fournisseur ou entrepreneur inscrit d'un avis confirmant son inscription ou l'informant d'une éventuelle décision d'annuler l'enchère.

6. Le paragraphe 3 prévoit qu'un délai raisonnable doit être accordé aux fournisseurs ou aux entrepreneurs pour leur permettre de se préparer à l'enchère, afin de donner la possibilité effective de contester les conditions de sollicitation en application des dispositions du chapitre VIII. Une telle contestation n'est possible que jusqu'à la date limite de présentation des soumissions, c'est-à-dire, dans le cas d'une enchère simple (sans examen ou évaluation préalable des offres initiales), jusqu'à l'ouverture de l'enchère; dans d'autres cas, elle est possible jusqu'à la présentation des offres initiales. Le délai entre l'invitation à participer à l'enchère et la tenue de celle-ci devrait donc être fixé en fonction des circonstances (plus l'enchère est simple, plus ce délai peut être court). La question de savoir comment ménager un délai minimum donnant la possibilité de contester les conditions de sollicitation est également prise en considération. Comme il est précisé au paragraphe 3, il est tenu compte, pour la fixation de ce délai, des besoins raisonnables de l'entité adjudicatrice, lesquels peuvent, dans un nombre limité de situations (par exemple en cas d'extrême urgence après une catastrophe), l'emporter sur les autres considérations.

7. Le paragraphe 2 autorise l'entité adjudicatrice à annuler l'enchère si le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs inscrits est insuffisant pour assurer une concurrence effective. Ces dispositions ne sont pas contraignantes: l'entité adjudicatrice est libre de décider d'annuler ou non l'enchère en pareille circonstance. Étant donné qu'elle peut être incompatible avec l'objectif général de

promouvoir la concurrence et d'éviter la collusion, la décision de ne pas annuler l'enchère ne devrait être prise que dans des cas vraiment exceptionnels où la procédure de passation doit se poursuivre malgré l'absence de concurrence effective. L'État adoptant est invité à faire figurer dans les règlements en matière de passation des marchés, ou dans d'autres règles ou orientations, une liste exhaustive des situations qui justifieraient la poursuite de l'enchère en pareil cas. D'autres raisons peuvent justifier l'annulation (par exemple, des soupçons de collusion, comme il est expliqué plus haut au paragraphe ...). Toutefois, cette latitude n'existe pas dans les cas où l'entité adjudicatrice doit annuler l'enchère, par exemple en vertu de l'article 53-1 j) [**hyperlien**], lorsque le nombre minimum de fournisseurs ou d'entrepreneurs inscrits éventuellement exigé n'a pas été atteint (voir plus haut les paragraphes ...), ou lorsque l'entité adjudicatrice doit mettre fin à l'enchère pour des raisons techniques conformément à l'article 56-5 [**hyperlien**] (voir plus loin les paragraphes **).

8. Dans le cas d'une enchère autonome, l'annulation de l'enchère entraîne l'annulation de la procédure de passation. L'entité adjudicatrice, après avoir analysé les raisons de l'annulation, peut juger opportun d'organiser une autre enchère, par exemple s'il peut être remédié aux erreurs de description qui ont empêché un nombre suffisant de fournisseurs ou d'entrepreneurs de s'inscrire, ou elle peut opter pour une autre méthode de passation. Lorsque l'enchère constitue seulement une étape de la procédure de passation, son annulation n'entraîne pas nécessairement l'annulation de cette procédure: l'entité adjudicatrice peut décider d'attribuer le marché sur la base des résultats d'un examen ou d'une évaluation des offres préalables à l'enchère, à condition que cette possibilité ait été expressément prévue dès le début de la procédure de passation[1].

9. Lorsque l'enchère constitue une étape de la procédure de passation, l'entité adjudicatrice devrait également spécifier dès le début de cette procédure ce qui pourrait éventuellement se produire si des fournisseurs ou des entrepreneurs ne s'inscrivaient pas à l'enchère [et traiter la question des garanties de soumission si nécessaire][2].

**Article 56. Exigences pendant l'enchère électronique inversée**

10. Cet article régit les exigences à respecter dans les enchères électroniques inversées, que celles-ci soient autonomes ou constituent une étape de la procédure de passation. Le paragraphe 1 distingue deux types d'enchères: les plus simples, dans le cadre desquelles c'est le prix le plus bas qui détermine l'offre à retenir, et celles dans le cadre desquelles l'offre à retenir est déterminée par le prix et d'autres critères. Quel que soit leur degré de complexité, ces critères doivent se voir attribuer une valeur, exprimée en chiffres ou en pourcentage dans une formule mathématique fournie à l'avance qui permet de les évaluer automatiquement. Comme l'exigent les articles 53 et 54 [**hyperlien**], chaque critère utilisé pour l'évaluation, la valeur qui lui est attribuée et la formule mathématique utilisée doivent être communiqués

---

1 Ce texte traduit les arguments avancés au cours des débats du Groupe de travail sur la Loi type. Toutefois, la possibilité d'attribuer le marché sur la base de l'examen ou de l'évaluation des offres préalables à l'enchère, à condition que cela ait été expressément prévu dès le début de la procédure de passation, n'est pas explicitement mentionnée dans le texte de la Loi type. Le Groupe de travail voudra par conséquent peut-être revoir le commentaire.

2 Voir à ce sujet la note 3 dans le document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.13.

dès le début de la procédure de passation et ne peuvent pas être modifiés pendant l'enchère. Seuls les prix et d'autres éléments modifiables définis dans les conditions de la sollicitation peuvent l'être à ce stade.

11. Le paragraphe 2 énumère les principales exigences régissant la conduite de l'enchère: à cet égard, il tient compte des caractéristiques du système d'enchères visé par la Loi type et défini dans son article 2 (qui diffère de certains autres types d'enchères utilisées dans la pratique), donne effet aux conditions d'utilisation des enchères énoncées dans l'article 30 et précise les exigences énoncées dans les articles 53 et 54 [**hyperlien**]. Par exemple, les alinéas a) et c) soulignent le caractère continu du processus d'enchère. L'alinéa a) exige en outre que les enchérisseurs se voient accorder des chances égales de présenter leurs offres. Dans la pratique, cela signifie par exemple que le système doit enregistrer les offres dès leur réception, quel qu'en soit l'auteur, les évaluer et déterminer leur effet sur les autres offres. Les informations correspondantes doivent être communiquées rapidement à tous les enchérisseurs. Cette dernière exigence est précisée dans l'alinéa c), qui dispose que chaque enchérisseur doit se voir communiquer instantanément des informations suffisantes pour pouvoir déterminer la position de son offre par rapport aux autres. Il ressort du libellé de ces dispositions que les mêmes informations ne doivent pas nécessairement être communiquées à tous les enchérisseurs, mais que celles qui leur sont communiquées doivent être suffisantes pour qu'ils déterminent la position de leur offre et garantir qu'ils bénéficient d'un traitement juste et équitable.

12. La Loi type est à dessein muette sur la nature des informations qui doivent être communiquées pour satisfaire cette exigence. Lorsqu'ils légifèreront à ce sujet, les États adoptants devront trouver l'équilibre entre le souci d'assurer la transparence et de promouvoir une procédure d'appel d'offres rigoureuse et la nécessité de prévenir la collusion et d'empêcher la divulgation d'informations commerciales sensibles. En fonction de l'enchère et compte tenu de sa complexité et d'autres facteurs, on pourrait par exemple: a) indiquer en cours d'enchères si un enchérisseur a présenté la meilleure offre ou proposé le meilleur prix; b) indiquer le meilleur prix qui a été proposé; c) indiquer à chaque enchérisseur sa position par rapport à la meilleure offre (sans lui communiquer aucune information concernant les autres offres); et d) indiquer comment toutes les offres se répartissent. Dans tous les cas, l'entité adjudicatrice devrait être en mesure de voir la répartition de toutes les offres. Les États adoptants doivent être conscients du fait que, comme le montre l'expérience de certains pays, la divulgation du meilleur prix risque d'inciter les enchérisseurs à ne diminuer que de très peu le montant de leurs offres et empêcher ainsi l'entité adjudicatrice d'obtenir le meilleur résultat; cela pourrait également les inciter à soumettre des offres anormalement basses. Les risques de collusion augmentent en proportion des quantités d'informations fournies au sujet des autres offres; dans des enchères plus complexes, les fournisseurs pourraient également recalculer les offres d'autres participants en utilisant la formule mathématique fournie. Quelle que soit la décision prise par l'entité adjudicatrice en ce qui concerne le type d'information devant être divulgué pendant l'enchère, cette décision doit être prévue par les règles régissant l'enchère qui sont communiquées aux enchérisseurs potentiels avant que celle-ci ne commence. En outre, toutes les étapes et offres devraient être enregistrées et inscrites au procès-verbal de la procédure de passation. Ces dispositions complètent l'obligation, énoncée aux articles 53-1 g) [**hyperlien**] et 54-1 a) [**hyperlien**], de communiquer les critères et la procédure qui seront

utilisés durant l'enchère, ainsi que l'obligation de fournir les résultats d'une éventuelle évaluation préalable.

13. L'alinéa b) réaffirme le principe de l'évaluation automatique des offres durant l'enchère. Comme l'alinéa d), il souligne l'importance d'éviter toute intervention humaine pendant le déroulement de l'enchère. Le dispositif d'enchère recueille électroniquement les offres, qui sont évaluées automatiquement selon les critères et les procédés divulgués dans l'avis d'enchère. Il devrait attribuer à chaque offre un identifiant qui ne compromette pas l'anonymat. Il devrait aussi y avoir un dispositif en ligne qui permette de rejeter immédiatement et de façon automatique les offres non valables, avec notification immédiate et explication des motifs du rejet. Un point de contact pour les communications urgentes concernant d'éventuels problèmes techniques devrait être proposé aux enchérisseurs. Ce point de contact devrait être indépendant du mécanisme d'enchère.

14. Les paragraphes 3 et 5 de cet article réaffirment un autre principe important des enchères que prévoit la Loi type – la nécessité de préserver l'anonymat des enchérisseurs avant, pendant et après l'enchère. Le paragraphe 2 traduit ce principe en interdisant à l'entité adjudicatrice de révéler l'identité de quelque enchérisseur que ce soit pendant l'enchère. Le paragraphe 5 étend cette interdiction à la phase suivant l'enchère, y compris lorsque celle-ci est suspendue ou qu'il y est mis fin. Il faudrait donner à ces dispositions une interprétation extensive qui interdise à l'entité adjudicatrice de révéler l'identité des enchérisseurs non seulement de façon explicite mais aussi de façon indirecte, par exemple en donnant la possibilité aux autres enchérisseurs de révéler ou de déterminer cette identité. Les exploitants du système d'enchère agissant pour le compte de l'entité adjudicatrice, y compris toutes les personnes intervenant dans ce processus, ainsi que tous ceux qui y participent à un autre titre, par exemple le point de contact pour les communications urgentes concernant d'éventuels problèmes techniques, devraient être considérés de ce point de vue comme des mandataires de l'entité adjudicatrice et être soumis à la même interdiction. Il est clair cependant que, malgré les dispositions de cet article et du chapitre dans son ensemble, il peut être difficile dans la pratique de préserver l'anonymat des enchérisseurs lorsqu'il s'agit de marchés pour lesquels il existe un groupe de fournisseurs plus ou moins stable ou qui portent sur des articles similaires et qui sont passés de façon répétée au moyen de la procédure d'enchères électroniques inversées, que des accords-cadres soient ou non utilisés en association avec les enchères électroniques inversées (voir à ce sujet le commentaire dans l'introduction du présent chapitre [**hyperlien**]).

15. Le paragraphe 4 complète les exigences formulées dans les articles 3-1 o) [**hyperlien**] et 54-2 c) [**hyperlien**] en ce qui concerne la nécessité de divulguer les critères régissant la clôture de l'enchère au plus tard avant la tenue de celle-ci. Ces règles, qui auront été préalablement communiquées, ne pourront pas être modifiées pendant le déroulement de l'enchère. En outre, l'enchère ne pourra en aucun cas être close avant l'expiration du délai fixé, même si aucune offre n'est faite. On observe souvent dans la pratique que les enchérisseurs commencent à faire des offres vers la fin de la procédure d'enchères. Autoriser l'entité adjudicatrice à clore l'enchère avant l'expiration du délai fixé ouvrirait la porte à des abus, par exemple en donnant la possibilité à un enchérisseur et à l'entité adjudicatrice de conclure avant l'enchère des arrangements destinés à en influencer le résultat de manière à favoriser cet enchérisseur. En revanche, rien n'interdit de prolonger le

délai fixé pour la soumission des offres, pour autant que cela soit fait de façon transparente. Cela peut se révéler utile, par exemple lorsque l'enchère a dû être suspendue pour des raisons techniques (comme le prévoit le paragraphe 5 de l'article). Exiger que le règlement de l'enchère traite des critères et des procédures régissant une éventuelle prolongation du délai de soumission des offres constitue une bonne pratique.

16. Les fournisseurs peuvent se retirer d'une enchère électronique inversée avant la clôture de celle-ci. Cela ne devrait pas avoir d'incidence sur l'enchère, sauf si ce retrait est dû à des raisons qui obligent à suspendre l'enchère ou à y mettre fin conformément au paragraphe 5 de l'article (par exemple, la défaillance du système de communication de l'entité adjudicatrice). Dans tous les autres cas, l'enchère doit se poursuivre. Une fois l'enchère close, il pourra être nécessaire que l'entité adjudicatrice analyse les raisons des retraits, en particulier si ceux-ci ont été nombreux, ainsi que leur effet négatif éventuel sur le résultat de l'enchère. L'article 57 [**hyperlien**] réaffirme que l'entité adjudicatrice a le droit de renoncer à passer le marché à n'importe quelle étape de la procédure de passation et complète à cet égard l'article 19-1 [**hyperlien**] (pour plus de précisions concernant l'article 19 relatif à l'abandon de la passation de marché, voir les paragraphes ** ci-dessus du commentaire relatif à cet article [**hyperlien**]).

17. Le paragraphe 5 énonce l'obligation de mettre fin à l'enchère ou de la suspendre dans les cas qui y sont visés. Outre les défaillances du système de communication de l'entité adjudicatrice qui risquent d'en compromettre le bon déroulement, d'autres raisons peuvent obliger à suspendre l'enchère ou à y mettre fin. Il ne serait pas possible que toutes ces raisons soient énumérées dans la législation relative à la passation des marchés, mais la Loi type exige qu'elles le soient dans les règles régissant la conduite de l'enchère qui doivent être communiquées en application des articles 53 et 54 selon le cas [**hyperliens**]. Aucun pouvoir discrétionnaire supplémentaire ne devrait être accordé à l'entité adjudicatrice, car l'exercice d'un tel pouvoir pourrait conduire à des abus liés à des interventions humaines dans le processus. Il arrive qu'il soit inévitable de suspendre ou de mettre fin à une enchère, mais ces cas doivent être limités au maximum et il faut alors les examiner au moyen des mécanismes de suivi ou de contrôle.

18. Les règles régissant la conduite de l'enchère doivent également comprendre des garanties procédurales pour protéger les intérêts des enchérisseurs si l'enchère est suspendue ou s'il y est mis fin. Il peut s'agir, par exemple, d'en informer tous les enchérisseurs immédiatement et simultanément et, en cas de suspension, de leur donner la date de réouverture de l'enchère et la nouvelle date de clôture.

19. Lorsqu'il est mis fin à l'enchère, il est probable, contrairement à ce qui se passe en cas de suspension, que cela aboutisse à l'annulation de la passation du marché (les différences qu'il y a de ce point de vue entre les enchères simples et les enchères complexes sont évoquées plus haut dans le paragraphe 3 du commentaire relatif à l'article 55 [**hyperlien**])[3].

---

[3] Le Groupe de travail estimera peut-être qu'il est nécessaire de préciser les conditions dans lesquelles mettre fin à l'enchère n'entraînera pas nécessairement l'annulation du marché dans le cas de procédures autonomes. Dans ce cas, il faudra donner des indications supplémentaires au Secrétariat.

**Article 57. Exigences après l'enchère électronique inversée**

20. Cet article régit les mesures qui doivent être prises après l'enchère électronique inversée, que celle-ci constitue une procédure de passation autonome ou seulement une étape d'une telle procédure. Les règles applicables sont les mêmes étant donné que, dans tous les cas, l'enchère précède l'attribution du marché. Afin d'éviter tout risque d'irrégularité, de favoritisme ou de corruption, aucune nouvelle évaluation ou négociation n'est autorisée après la tenue de l'enchère. Les résultats de l'enchère sont donc censés être les résultats définitifs de la procédure de passation. Il en résulte dans la pratique que si le dossier de sollicitation stipule que le marché doit être attribué à l'enchérisseur qui a proposé le prix le plus bas, celui-ci emporte le marché et c'est ce prix qui figure dans le contrat de marché. Lorsque le dossier de sollicitation fixe des critères financiers et non financiers pour l'attribution du marché, l'enchérisseur présentant l'offre qui se révèle la plus avantageuse après application de la formule mathématique communiquée au préalable doit se voir attribuer le marché, et les conditions de l'offre retenue doivent figurer dans le contrat de marché. Les quelques exceptions que connaissent ces règles sont énoncées dans les paragraphes 2 et 3.

21. Le paragraphe 2 s'applique aux enchères simples constituant une procédure autonome (c'est-à-dire celles qui ne sont pas précédées par des offres initiales). En pareil cas, la conformité et les qualifications ne sont vérifiées qu'après l'enchère, et uniquement en ce qui concerne l'offre retenue et son auteur. Cette méthode permet de gagner du temps et de réduire les coûts. Si l'offre retenue n'est pas conforme ou si son auteur n'a pas les qualifications requises, l'entité adjudicatrice a deux possibilités: annuler la procédure de passation ou attribuer le marché à la deuxième meilleure offre, à condition que celle-ci soit conforme et que son auteur soit qualifié. Cette approche suppose que tous les enchérisseurs répondant à l'invitation puissent fournir les produits ou services demandés en assurant à peu près le même niveau de qualité; lorsque le marché porte sur des biens ou des services simples et standard, elle ne présente guère de risques pour l'entité adjudicatrice car d'autres sources d'approvisionnement seront faciles à trouver. Cette possibilité devrait être soulignée dans les indications données aux fournisseurs qui participeront à l'enchère afin que ceux-ci ne soient pas tentés de présenter des offres irréalistes vers la fin de l'enchère.

22. Le paragraphe 3, qui s'applique à tout type d'enchère, vise le cas où l'offre à retenir paraît anormalement basse à l'entité adjudicatrice (pour l'explication de ce terme, voir le commentaire relatif à l'article 20 au paragraphe ** ci-dessus [**hyperlien**]). On notera que, dans le cas d'enchères électroniques inversées visant à acquérir des biens ou des services simples et standard, un risque lié à l'exécution est peu probable pour les raisons indiquées au paragraphe précédent. Les dispositions de ce paragraphe sont également subordonnées aux règles générales relatives à l'examen des offres anormalement basses qui sont énoncées dans l'article 20 et notamment aux mesures destinées à garantir une évaluation objective et transparente. Si toutes les conditions énoncées dans l'article 20 pour le rejet d'une offre anormalement basse sont réunies, l'entité adjudicatrice peut rejeter cette offre et soit annuler la procédure de passation, soit attribuer le marché à la deuxième meilleure offre (pour ce qui est des procédures appropriées, voir le commentaire concernant cet article). Cette exception à la règle générale exigeant que le marché soit attribué à l'offre à retenir à l'issue de l'enchère est notamment prévue pour

empêcher le dumping. Les dispositions de la Loi type ont été rédigées de manière à donner le maximum de souplesse à l'entité adjudicatrice, sous réserve des mesures de protection contre les abus prévues dans l'article 20 [**hyperlien**].

23. Lorsqu'elle aura à choisir entre les deux options visées aux paragraphes 2 et 3 – annuler la procédure de passation ou attribuer le marché à la deuxième meilleure offre – l'entité adjudicatrice devra évaluer les conséquences d'une annulation, et notamment déterminer s'il est possible de tenir une deuxième enchère dans le cadre de la même procédure de passation et quels seraient les coûts d'une autre méthode de passation. En particulier, il se peut que l'anonymat des enchérisseurs ait été compromis et que tout nouvel appel à la concurrence soit également aléatoire. Cependant, ce risque ne devrait pas inciter l'entité adjudicatrice à retenir systématiquement la deuxième meilleure offre, en particulier quand on pense qu'il peut y avoir collusion entre les auteurs des deux meilleures offres. Le libellé des dispositions des paragraphes 2 et 3 répond au souci d'éviter d'imposer une mesure particulière à l'entité adjudicatrice.

24. Dans l'un ou l'autre des cas visés aux paragraphes 2 et 3, des mesures doivent rapidement être prises après l'enchère, en stricte conformité avec les dispositions applicables de la Loi type, afin d'assurer que le résultat définitif puisse être déterminé dès qu'il est raisonnablement possible de le faire. Ces mesures ne devraient pas être considérées comme un moyen de compromettre la détermination automatique de l'offre à retenir[4].

---

4 Le Secrétariat a besoin que des orientations lui soient données au sujet des points suivants qui ont été soulevés au sein du Groupe de travail: conséquences pratiques de chacune des options décrites dans les paragraphes 2 et 3; nature des offres (contraignante ou non contraignante et dans quelles conditions); l'application des dispositions sur le délai d'attente et le recours dans le contexte des enchères (y compris la question de savoir si ce commentaire devrait figurer sous l'article 22 et dans le chapitre VIII avec un renvoi ici, ou l'inverse).

**A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.15 (Original: anglais)**

**Note du Secrétariat concernant le Guide révisé pour l'incorporation qui accompagnera la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa vingt et unième session**

ADDITIF

Le présent additif contient une proposition concernant la section du Guide qui accompagnera le chapitre VII (Procédures d'accords-cadres) de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, comprenant une introduction et un commentaire sur les dispositions afférentes du chapitre II (article 32).

# GUIDE POUR L'INCORPORATION DANS LE DROIT INTERNE DE LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LA PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS

## Deuxième partie. Commentaire par article

## Chapitre VII. Procédures régissant l'utilisation d'accords-cadres

### A. Introduction

#### 1. Résumé analytique

1. Les procédures d'accords-cadres peuvent être décrites comme des méthodes de passation de marchés en deux étapes se déroulant sur une certaine période et comportant:

a) La sollicitation de soumissions dans des conditions prédéterminées;

b) L'évaluation des qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs et l'examen de leurs soumissions au regard des conditions susmentionnées et, généralement (voir ** ci-dessous), l'évaluation de ces soumissions;

c) La conclusion d'un accord-cadre entre le ou les fournisseurs ou entrepreneurs sélectionnés et l'entité adjudicatrice sur la base des soumissions. L'accord-cadre énonce les conditions des futurs achats et est conclu pour une durée déterminée (les points a) à c) constituent la "première étape" de la passation); et

d) L'attribution ultérieure ou périodique de marchés à ces fournisseurs ou entrepreneurs aux conditions de l'accord-cadre, lorsque surviennent des besoins particuliers (ce qui peut impliquer de passer commande à un fournisseur ou entrepreneur donné ou une remise en concurrence. Ce point constitue la "deuxième étape" de la passation).

2. Les procédures d'accords-cadres sont souvent utilisées pour l'achat d'objets dont l'entité adjudicatrice a besoin durant une certaine période ou aura besoin ultérieurement lorsqu'elle ignore la quantité exacte, la nature précise ou le moment de ces besoins. Pour l'essentiel, l'accord-cadre définit les conditions dans lesquelles se feront les achats (ou établit les conditions principales et le mécanisme qui servira à définir les autres conditions ou préciser les conditions initialement définies: elles peuvent porter notamment sur les quantités à livrer à une date précise, le moment des livraisons, la quantité totale du marché et le prix). Il peut s'agir par exemple d'achats de produits de base – fournitures de bureau, pièces détachées, fournitures informatiques ou services de maintenance informatique – normalement réguliers ou récurrents, dans des quantités variables, sur un marché pouvant être très concurrentiel. Les procédures d'accords-cadres peuvent également convenir pour les achats auprès de sources multiples, par exemple d'électricité, et pour les achats d'articles dont le besoin risque de survenir de manière urgente, comme les médicaments (lorsqu'un objectif majeur est d'éviter d'acheter des articles de mauvaise qualité à un prix excessivement élevé, ce qui peut arriver lorsqu'une source unique est sollicitée en cas d'urgence). Ces types de marchés peuvent nécessiter une sécurité d'approvisionnement, tout comme les articles spécialisés exigeant une ligne de production spéciale, pour lesquels les accords-cadres seront aussi indiqués.

3. Dans la pratique, on utilise pour le type de procédure décrit ci-dessus diverses expressions telles que arrangements en matière d'approvisionnement (supply arrangements), contrats à prestations ou quantités indéterminées (indefinite-delivery/indefinite-quantity contracts) ou marché de services à bon de commande (task-order contracts), contrats catalogue (catalogue contracts) ou contrats-cadres (umbrella contracts). Certaines de ces procédures sont très proches de celles de la CNUDCI; d'autres présentent des différences considérables. La mesure dans laquelle la première étape de la passation englobe tous les points énoncés aux alinéas a) à c) du paragraphe 1 ci-dessus varie également; s'il n'y a pas de vérification des qualifications des fournisseurs ni de la conformité des soumissions, l'arrangement correspond mieux à l'expression "liste des fournisseurs". La Loi type ne traite pas des listes de fournisseurs car la CNUDCI considère que les dispositions très souples sur les accords-cadres énoncées au chapitre VII de la Loi type offrent les mêmes avantages que les listes de fournisseurs sans faire peser sur la transparence et sur la concurrence les risques élevés auxquels on associe ces listes.

### 2. Incorporation: considérations de politique générale

4. L'objectif principal recherché en prévoyant les procédures d'accords-cadres est de permettre de tirer parti des avantages potentiels qu'elles recèlent, qui peuvent être résumés comme suit:

a) Efficacité administrative: Lorsque cette procédure est utilisée pour des marchés récurrents, l'accord-cadre peut être efficace d'un point de vue administratif car il permet de regrouper efficacement une série de procédures de passation de marché. De nombreuses tâches normalement effectuées pour chacune de ces procédures ne sont faites qu'une fois: rédiger les conditions, assurer la publicité, évaluer les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs, examiner les soumissions et, pour certains types d'accords-cadres, les évaluer. Les achats peuvent

ainsi être effectués à plus faible coût et avec des délais de livraison plus courts que si chaque achat faisait l'objet d'une procédure distincte;

b) Réduction de la nécessité de recourir à des procédures d'urgence: La diminution de la durée des procédures de passation une fois effectuées les tâches initiales décrites plus haut permet de réduire la nécessité de recourir à des procédures d'urgence, qui sont souvent menées sans transparence et sans concurrence effective;

c) Meilleurs résultats pour les marchés de faible montant: On considère que la passation de ces marchés risque de donner lieu à des abus ou de ne pas aboutir à un bon rapport qualité-prix parce qu'elle se fait souvent au moyen de procédures peu transparentes et peu concurrentielles;

d) Meilleure transparence pour les marchés de faible montant: La procédure d'accord-cadre permet d'amortir les frais de publicité et les autres dépenses puisque les achats sont regroupés à cet effet, de sorte qu'ils ne se situent plus sous le seuil les exonérant des mesures de transparence, par exemple comme il est expliqué dans le commentaire des articles 23 et 29 [**hyperliens**]; le regroupement peut aussi faciliter le contrôle par les organismes de contrôle ou par les fournisseurs ou entrepreneurs eux-mêmes;

e) Participation accrue des petites et moyennes entreprises: Passer de plus petites commandes au titre de l'accord-cadre peut permettre à de plus petits fournisseurs ou entrepreneurs de participer;

f) Sécurité d'approvisionnement: Le fournisseur ou l'entrepreneur est tenu d'assurer les approvisionnements futurs;

g) Réduction accrue des coûts: La centralisation des achats (un service central d'une entité adjudicatrice ou une entité indépendante spécialisée achète pour plusieurs services, ou une entité ou un consortium achète au nom de plusieurs entités) permet de réaliser des économies d'échelle;

h) Meilleure gestion de la chaîne d'approvisionnement: Le coût de l'achat en une fois d'une grande quantité peut être réduit (caractéristique de certaines passations centralisées), de même que les frais de stockage;

i) Efficacité du processus: La centralisation des achats peut également favoriser l'amélioration de la qualité des offres et autres documents ainsi que, l'uniformisation et la normalisation au sein des institutions publiques, et une meilleure compréhension par les fournisseurs des besoins des entités adjudicatrices peut améliorer la qualité des soumissions. Comme il est expliqué plus haut dans la section ** du commentaire général [**hyperlien**], des centrales d'achat peuvent conduire la passation de marchés au nom des entités adjudicatrices, et leur rôle de coordination peut améliorer encore les avantages de la centralisation des achats.

5. Il ressort clairement de la liste ci-dessus que de nombreux avantages découlent de l'application d'accords-cadres aux achats récurrents. C'est là leur utilisation la plus courante et celle à laquelle ils sont le plus adaptés, mais ce n'est pas la seule, comme on l'expliquera ci-après. Comme toutes les méthodes prévues dans la Loi type, l'accord-cadre se prête à toutes les passations de marchés, qu'il s'agisse de biens, de travaux, de services ou d'une combinaison de ces éléments.

6. Les États adoptants devraient être conscients des préoccupations que suscite l'utilisation des procédures d'accords-cadres, certaines inhérentes à la technique elle-même et d'autres à son utilisation inappropriée. Premièrement, l'efficacité administrative découlant de l'utilisation de cette technique peut compromettre d'autres objectifs de la passation de marché, tels qu'obtenir le meilleur rapport qualité-prix, si l'entité adjudicatrice utilise un accord-cadre simplement par souci d'efficacité administrative alors qu'il ne constitue pas l'instrument indiqué pour le marché considéré. Il peut s'en suivre que l'objet acquis ne répond pas véritablement aux besoins de l'entité adjudicatrice, ou que la qualité laisse à désirer ou que le prix payé est excessif. Deuxièmement, il a été observé dans la pratique que des accords-cadres entraînaient une diminution de la concurrence et de la transparence, des agissements collutoires, et des attributions de marchés fondées sur des relations entre l'entité adjudicatrice et les fournisseurs ou entrepreneurs et non sur les procédures de mise en concurrence visées dans la Loi type, au détriment du rapport qualité-prix. Troisièmement, en particulier à long terme, l'ampleur des accords-cadres peut entraîner une diminution de la participation générale et de la concurrence, les fournisseurs non parties à l'accord-cadre quittant le marché. Les fournisseurs ou entrepreneurs parties à l'accord-cadre connaîtront chacun l'identité des autres et il peut donc être difficile dans la pratique d'assurer la concurrence une fois l'accord-cadre en place. Les fournisseurs ou les entrepreneurs non parties à l'accord-cadre ne pouvant participer à l'attribution des marchés, la concurrence est en fait limitée lors de la deuxième étape. Les conséquences préjudiciables d'une concurrence amoindrie seront aggravées si l'accord-cadre a pour effet de créer un marché monopolistique ou oligopolistique. Ces questions doivent être examinées avant qu'il ne soit décidé de recourir à une procédure d'accord-cadre, puisqu'il sera probablement vain de vouloir les régler une fois l'accord en place.

7. C'est pourquoi les dispositions de la Loi type prévoyant l'utilisation des procédures d'accords-cadres sont conçues pour faciliter l'utilisation appropriée et bénéfique de cette technique pour des achats récurrents ou dans les autres circonstances mentionnées plus haut (telles qu'anticiper un besoin urgent ou assurer la sécurité d'approvisionnement), pour en décourager l'utilisation inappropriée et pour atténuer ou réduire les risques décrits au paragraphe précédent. Elles comportent donc un contrôle de l'utilisation des procédures d'accords-cadres, sous la forme des conditions d'utilisation énoncées à l'article 32 [**hyperlien**], et des procédures obligatoires énoncées aux articles 58 à 63 [**hyperlien**], exprimées en des termes très généraux et exigeant le recours à l'appel d'offres ouvert ou à une procédure équivalente à moins qu'une autre méthode de passation se justifie.

8. Conformément à la Loi type (voir article 2 e) [**hyperlien**]), la procédure d'accord-cadre peut être de l'un des trois types suivants [vérifier la cohérence]:

a) Une procédure d'accord-cadre "fermé" sans mise en concurrence lors de la deuxième étape, dans laquelle l'entité adjudicatrice conclut avec un ou plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs un accord-cadre qui fixe toutes les conditions du marché. La soumission de la première étape est définitive et les fournisseurs ou entrepreneurs ne sont pas remis en concurrence lors de la deuxième étape de la passation. La seule différence entre ce type de procédure d'accord-cadre et les procédures de passation classiques est que l'article ou les articles sont achetés ultérieurement, souvent par lots pendant une période donnée. Ces accords-cadres

sont dits “fermés” en ce sens qu’aucun nouveau fournisseur ou entrepreneur ne peut devenir partie à l’accord après qu’il a été conclu;

b) Une procédure d’accord-cadre “fermé” avec mise en concurrence lors de la deuxième étape, dans laquelle l’entité adjudicatrice conclut avec plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs un accord-cadre qui fixe certaines des principales conditions du marché. La soumission de la première étape est dite “initiale”, parce que même si chaque soumission est évaluée, une remise en concurrence des fournisseurs ou entrepreneurs parties à l’accord-cadre est nécessaire lors de la deuxième étape. Ils présentent alors une soumission définitive et le marché est attribué à la soumission la plus avantageuse ou à la soumission au prix le plus bas, ou celle qui en tient lieu, telle qu’elle est identifiée à ce stade. Ces accords-cadres sont dits “fermés” au sens expliqué ci-dessus mais ne peuvent être conclus qu’avec plus d’un fournisseur ou entrepreneur;

c) Une procédure d’accord-cadre “ouvert”, dans laquelle l’entité adjudicatrice conclut avec plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs un accord-cadre qui fixe également certaines des principales conditions du marché. La soumission de la première étape est dite “indicative”, parce qu’elle ne sera pas évaluée mais servira à en évaluer la conformité, et une remise en concurrence des fournisseurs ou entrepreneurs est nécessaire lors de la deuxième étape. En ce sens, une soumission “indicative” n’est pas contraignante. Lors de la deuxième étape, les fournisseurs ou entrepreneurs présentent une soumission finale et le marché est alors attribué à la soumission la plus avantageuse ou à la soumission au prix le plus bas, ou celle qui en tient lieu, telle qu’elle est identifiée à ce stade, comme dans les accords-cadres fermés avec mise en concurrence lors de la deuxième étape. Ces accords-cadres restent “ouverts” à de nouveaux fournisseurs ou entrepreneurs, ce qui signifie que tout fournisseur ou entrepreneur peut en devenir partie à tout moment de la durée de l’accord s’il est qualifié et si sa soumission indicative est conforme. Ces accords doivent fonctionner par voie électronique, comme il est expliqué ci-après dans le commentaire sur l’article 60 [**hyperlien**].

9. Ces différents types d’accords-cadres visent des circonstances différentes, en ce sens que la décision de recourir à un accord-cadre peut être relativement complexe: il faut déterminer quelle méthode de passation de marché et quel type d’accord-cadre conviennent. Par exemple, les accords-cadres ouverts sont censés être utilisés pour des biens standard d’usage courant ou des services simples et récurrents acquis normalement sur la base du prix le plus bas. On trouvera dans le commentaire ci-après une explication du lien entre les circonstances de la passation de marché et le type d’accord-cadre approprié, et d’autres points pouvant inspirer les règlements, règles et orientations pour ce qui est de faciliter l’application et l’utilisation d’accords-cadres. À cet égard, il convient de noter que les deux étapes des procédures d’accord-cadre sont susceptibles de contestation et d’appel suivant les mécanismes prévus au chapitre VIII de la Loi type [**hyperlien**].

10. La Loi type ne prévoit pas un autre type d’accord-cadre, rencontré parfois dans la pratique, dans lequel un ou plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs peuvent améliorer leurs offres unilatéralement. La raison de cette exclusion est qu’aucun mécanisme n’empêcherait l’entité adjudicatrice de communiquer des informations à des fournisseurs ou entrepreneurs favorisés pour les aider à améliorer leur position relative ou pour contrôler les offres améliorées. De tels accords-cadres seraient donc incompatibles avec les objectifs généraux de la Loi type.

### 3. Questions d'application et d'utilisation

11. Ce qui importe le plus en ce qui concerne l'application et l'utilisation des accords-cadres est de promouvoir leur utilisation à bon escient, ce qui fait intervenir des questions bien plus complexes que la simple évaluation du respect des conditions d'utilisation, comme il est expliqué ci-après. La technique est relativement nouvelle et il conviendra donc peut-être d'actualiser les questions traitées à mesure que grandit l'expérience de leur utilisation. Les États adoptants voudront peut-être aussi suivre les publications des banques multilatérales de développement et d'autres organisations et organismes sur l'utilisation d'accords-cadres de type semblable à ceux prévus dans la Loi type[1].

12. Bien que cette technique ne puisse être utilisée que si les conditions d'utilisation sont remplies, comme il est expliqué en détail [à/au/dans **] [**hyperlien**], ces conditions d'utilisation, comme toutes les conditions d'utilisation des méthodes de passation prévues dans la Loi type, expliquent quand elles peuvent être utilisées (et donc quand elles ne le peuvent pas). Les conditions d'utilisation des accords-cadres visées à l'article 32 [**hyperlien**] sont beaucoup plus souples que les autres conditions d'utilisation, comme il est indiqué dans le commentaire ci-dessous. Les règlements, règles et orientations devront être très précis afin de guider l'entité adjudicatrice dans son choix de la meilleure décision, d'autant que sa décision motivée doit être versée au procès-verbal de la procédure de passation de marché (voir article ** [**hyperlien**]). Les règlements, règles ou autres orientations devraient expliquer le lien entre les principales circonstances dans lesquelles la Loi type encourage l'utilisation des accords-cadres et leurs conditions d'utilisation; à cet égard, les États adoptants doivent savoir que la capacité nécessaire au bon fonctionnement d'un accord-cadre peut être plus grande que dans le cas d'autres méthodes de passation, et des formations et d'autres mesures de renforcement des capacités seront essentielles pour une mise en œuvre réussie.

13. La première de ces circonstances est celle où l'entité adjudicatrice "devrait" avoir besoin de l'objet du marché "de manière indéterminée ou répétée" (article 32-1 a) [**hyperlien**])[2]. Les règlements, règles ou orientations devraient expliquer que ces conditions ne doivent pas être cumulatives, même si dans la pratique elles se chevaucheront fréquemment. À cet égard, la référence à un besoin indéterminé, signifiant qu'on ignore le moment, la quantité ou l'existence même de la passation de marché, peut rendre possible le recours à l'accord-cadre pour assurer la sécurité d'approvisionnement et en prévision d'achats récurrents. Les règles ou orientations devraient également s'étendre sur le sens du mot "devrait" et expliquer comment évaluer objectivement la probabilité qu'un besoin survienne de manière répétée. Les coûts administratifs de la procédure en deux étapes seront amortis grâce à un plus grand nombre d'achats, c'est-à-dire plus que l'accord-cadre est utilisé à des procédures répétées. Pour les achats dont le besoin est indéterminé, ces coûts doivent être mis en balance avec la probabilité de la survenance du besoin et

---

[1] Note à l'intention du Groupe de travail: Il sera ajouté un renvoi à tout document publié au moment de la publication du Guide, tel que les documents types d'appel d'offres de la Banque mondiale ou des publications similaires.

[2] Note à l'intention du Groupe de travail: Ces expressions peuvent être traitées dans le glossaire.

la sécurité qu'offre l'accord-cadre (notamment pour ce qui est de fixer à l'avance les prix et d'autres conditions).

14. La deuxième circonstance est celle où l'objet du marché "peut être nécessaire de façon urgente". Les considérations qui précèdent concernant les achats dont le besoin est indéterminé, valent également ici.

15. Les passations de marchés complexes dont les conditions (notamment les spécifications) varient d'achat en achat, tels que les grands contrats d'investissement ou les passations de marchés portant sur des articles très techniques ou très spécialisés ou des services plus complexes, ne se prêteraient donc aux accords-cadres: de tels projets ne correspondront généralement à aucune des conditions d'utilisation décrites ci-dessus.

16. Le lien entre le type d'accord-cadre à utiliser et les circonstances de la passation de marché devrait également être expliqué dans les règles ou orientations. La première question est comment choisir entre les trois types d'accords-cadres décrits ci-dessus, étant donné que la concurrence fonctionne différemment selon le type. Les accords-cadres fermés, où intervient l'évaluation des soumissions initiales, supposent une grande concurrence lors de la première étape (avec ou sans concurrence lors de la deuxième étape). Les accords-cadres ouverts, eux, ne comportent pas d'évaluation des soumissions indicatives lors de la première étape – seules les qualifications et la conformité sont vérifiées – et la concurrence ne s'exerce donc que lors de la deuxième étape.

17. La précision avec laquelle le besoin peut et doit être défini lors de la première étape déterminera la mesure de la concurrence possible et appropriée pendant cette étape. Si l'objet du marché peut être défini avec précision et n'est pas censé varier pendant la durée de l'accord-cadre, un accord-cadre sans mise en concurrence lors de la deuxième étape, dans lequel un ou plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs sont sélectionnés lors de la première étape pour l'ensemble des articles ou certains d'entre eux, assurera une concurrence maximale lors de cette étape et devrait aboutir aux meilleures offres. Cependant, cette approche n'est pas souple et nécessite une planification précise: une normalisation stricte peut s'avérer difficile ou inadéquate, surtout dans le contexte d'achats centralisés où les besoins de chaque entité adjudicatrice peuvent varier et où il peut être utile de clarifier les exigences, de sorte que les besoins soient exprimés avec moins de précision [lors de la première étape], et dans le contexte de marchés incertains (tels que les achats futurs destinés à répondre à des besoins urgents). Si les besoins de l'entité adjudicatrice ne peuvent varier mais que le marché est dynamique et volatile, la mise en concurrence lors de la deuxième étape sera appropriée à moins qu'il ne soit tenu compte de cette volatilité dans l'accord-cadre (par exemple au moyen d'un mécanisme d'ajustement des prix). Plus la mise en concurrence lors de la deuxième étape est importante, plus cette étape sera administrativement longue et complexe, et moins les offres formulées lors de la première étape seront indicatives du résultat final, ce qui peut rendre plus difficile l'établissement d'un budget précis. Si la mise en concurrence lors de la deuxième étape est longue, il peut être peu avantageux d'avoir une concurrence rigoureuse lors de la première étape; une évaluation des qualifications et de la conformité peut suffire. L'organisme de passation des marchés publics ou organisme similaire devrait donc fournir des orientations concernant la planification efficace des deux étapes, l'évaluation des avantages de la normalisation et la prise

en compte de besoins différents pour une passation de marché donnée et dans différents secteurs des marchés publics.

18. Une deuxième question est la portée de l'accord-cadre. Le regroupement de plusieurs besoins en un seul accord-cadre donnera à l'entité adjudicatrice de la souplesse pour finaliser ou préciser ses besoins lorsque ceux-ci surviendront. La description des besoins faite par l'entité adjudicatrice ou les entités adjudicatrices dans la sollicitation initiale sera donc moins précise ou sera diverse comme expliqué au paragraphe précédent, et supposera donc généralement une mise en concurrence lors de la deuxième étape (lorsque les éléments pertinents de l'ensemble sont connus pour la passation de marché en question), si bien que les approches suggérées au paragraphe précédent seront également pertinentes. Toutefois, plus généralement, un tel regroupement risque de restreindre l'accès au marché, notamment des petites et moyennes entreprises (PME), qui peuvent ne pas être à même de fournir l'ensemble des articles – probablement plus important – visés par l'accord-cadre. Les règlements, règles ou orientations devraient donc tenir compte du risque général de voir certains fournisseurs disparaître du marché, situation qui nécessite d'être surveillée, comme il est expliqué ci-après aux paragraphes ** [**hyperlien**], mais aussi encourager les entités adjudicatrices à envisager la possibilité d'autoriser dans le dossier de sollicitation les soumissions partielles, comme il est envisagé plus haut dans le commentaire de l'article ** [**hyperlien**], surtout lorsque la promotion des PME est une politique économique et sociale de l'État concerné. (On trouvera plus haut, à la section ** du commentaire général [**hyperlien**] un examen de la question des politiques économiques et sociales.)

19. Une troisième question à examiner est le nombre de fournisseurs ou entrepreneurs devant être parties à l'accord-cadre. Un accord-cadre à fournisseur unique permet d'obtenir de meilleures reprises sur des achats groupés, étant donné l'ampleur des affaires qu'un fournisseur ou un entrepreneur pourrait réaliser, surtout si les besoins de l'entité adjudicatrice représentent une part significative de l'ensemble du marché, pour autant qu'il y ait une certitude suffisante quant au volume des achats futurs (sous la forme d'engagements contraignants de la part de l'entité adjudicatrice par exemple). Ce type d'accord peut aussi améliorer la sécurité d'approvisionnement dans la mesure où le fournisseur concerné est probablement à même de répondre à la totalité des besoins. Les accords-cadres à fournisseurs multiples, plus courants, conviennent lorsqu'on ignore au départ qui sera le meilleur fournisseur lors de la deuxième étape, surtout lorsqu'on s'attend à ce que les besoins changent ou soient redéfinis lors de la deuxième étape pendant la période de validité de l'accord-cadre. Ils conviennent également aux marchés dynamiques et volatiles, pour les raisons exposées ci-dessus. Ils permettent en outre la centralisation des achats et peuvent améliorer la sécurité d'approvisionnement lorsqu'il existe des doutes quant à la capacité d'un seul fournisseur à répondre à tous les besoins.

20. Quatrièmement, les orientations de l'organisme des marchés publics ou organisme similaire devraient traiter du recours aux centrales d'achat. Comme on l'a vu plus haut dans le commentaire de l'introduction du chapitre VI sur les enchères électroniques inversées [**hyperlien**], l'externalisation de toute composante du marché peut provoquer des conflits d'intérêts organisationnels et des problèmes connexes: les centrales d'achat peuvent avoir intérêt à augmenter leur rémunération en maintenant des prix élevés et en encourageant des achats allant au-delà des

besoins de l'entité adjudicatrice. En outre, dans le contexte des accords-cadres, l'organisme des marchés publics peut planifier les marchés futurs. La qualité des informations fournies par les entités adjudicatrices sera alors essentielle, en particulier pour ce qui est de faire face aux besoins prévus selon les points de vue examinés plus haut: les besoins des différents ministères ou institutions peuvent ne pas être les mêmes, de sorte que certains obtiendront un meilleur rapport qualité-prix que d'autres si ces besoins sont normalisés sans étude suffisante. Une interaction avec les utilisateurs probables d'un accord-cadre avant le début de la procédure permet une meilleure décision concernant la mesure de normalisation appropriée et d'adaptation à des besoins variables.

21. Si les États adoptants considèrent que ces questions peuvent nécessiter des capacités devant être développées, ils voudront peut-être introduire les accords-cadres de façon progressive. Par exemple, ces accords peuvent être à l'origine limités aux marchés récurrents. En outre, les règlements, règles ou orientations destinés à en faciliter l'application devraient souligner qu'une bonne planification des marchés est primordiale pour établir un accord-cadre efficace: les accords-cadres ne sauraient remplacer la planification des marchés.

22. Les États adoptants sont également encouragés à mettre en place un mécanisme de contrôle de l'établissement et l'utilisation des accords-cadres, pour s'assurer d'une part que les règles pertinentes sont appliquées et d'autre part que les avantages escomptés en termes d'efficacité administrative et de rapport qualité-prix se concrétisent dans les faits. Ce mécanisme de contrôle peut également indiquer où il convient de donner des orientations et de renforcer les capacités. En ce qui concerne l'établissement d'un accord-cadre, ses conditions peuvent limiter la souplesse commerciale si l'une d'elles fixe des quantités minimales garanties ou s'il fonctionne comme un contrat exclusif d'achat. Cette souplesse devrait toutefois être mise en balance avec l'offre de meilleurs prix par les fournisseurs ou entrepreneurs. Cette question peut être réglée a) en recourant dans le dossier de sollicitation à des quantités estimatives (non contraignantes) de sorte que l'accord-cadre puisse faciliter la présentation d'offres réalistes fondées sur une bonne connaissance de l'ampleur des besoins de l'entité adjudicatrice, et que l'entité adjudicatrice puisse acheter en dehors de l'accord-cadre si les conditions du marché évoluent et b) en recourant à des quantités contraignantes pouvant être exprimées sous la forme de minima ou de maxima. Il peut y avoir des marchés où une solution semble meilleure que l'autre; le mécanisme de contrôle peut inspirer des orientations appropriées ou fournir des exemples issus de la pratique, dans lesquels le choix doit être fait par l'entité adjudicatrice.

23. La centrale d'achat ou l'organisme des marchés publics ou organisme similaire devrait également contrôler la manière dont chaque entité adjudicatrice utilise l'accord-cadre et les prix qu'il permet d'obtenir par rapport aux prix du marché sur des passations isolées, en cas d'augmentation des prix ou d'une autre diminution de la qualité des offres pouvant aussi résulter d'une mauvaise utilisation de l'accord-cadre par une ou deux entités adjudicatrices.

24. Une fois l'accord-cadre établi, la réalisation de ses avantages potentiels dépendra de la mesure dans laquelle il sera effectivement utilisé pour répondre aux besoins de l'entité adjudicatrice en ce qui concerne l'objet du marché et non pour conclure de nouveaux marchés pour celui-ci; la crédibilité de l'entité adjudicatrice à cet égard sera également importante pour les marchés futurs. Un autre aspect de la

pratique optimale est que l'entité adjudicatrice doit évaluer régulièrement si un accord-cadre continue d'assurer le meilleur rapport qualité-prix et l'accès à ce que le marché peut offrir de mieux, et examiner la totalité des achats prévus au titre de cet accord pour déterminer si les avantages l'emportent sur le coût. Dans un tel cas d'utilisation optimale, les fournisseurs et entrepreneurs devraient être davantage convaincus qu'ils recevront des commandes de l'entité adjudicatrice et donc proposer leurs meilleurs prix et leur meilleure qualité. On peut évaluer si la solution technique ou le produit proposés restent les meilleurs du marché notamment en procédant à des études de marché ou en publiant des informations sur l'étendue de l'accord-cadre. Si l'accord-cadre n'offre plus de bonnes conditions commerciales à l'entité adjudicatrice, une nouvelle procédure de passation de marché (procédure classique ou nouvelle procédure d'accord-cadre) devient alors nécessaire.

25. Un deuxième point important à régler pour ce qui est de l'utilisation des accords-cadres est d'assurer la transparence, la concurrence et l'objectivité du processus. À cette fin, la Loi type impose les conditions d'utilisation décrites plus haut aux paragraphes ** mais elle exige aussi que l'entité adjudicatrice souhaitant recourir à un accord-cadre fermé suive une des méthodes de passation de marchés de la Loi type pour sélectionner les fournisseurs ou entrepreneurs qui y seront parties (c'est-à-dire lors de la première étape). Ainsi, toutes les garanties de la méthode de passation choisie, y compris les conditions de son utilisation et les méthodes de sollicitation, s'appliqueront. La garantie équivalente pour un accord-cadre ouvert est qu'il doit être établi conformément à des procédures ouvertes spécialement conçues reproduisant dans une large mesure celles de l'appel d'offres ouvert. Les règles et orientations à l'intention des entités adjudicatrices devraient insister sur ces garanties et sur les questions examinées aux paragraphes suivants.

26. Les dispositions régissant l'attribution de marchés en vertu d'accords-cadres ont été définies de manière à assurer une transparence et une concurrence suffisantes lorsqu'une mise en concurrence lors de la deuxième étape est envisagée sur la base des règles régissant l'appel d'offres ouvert, comme il est expliqué ci-dessous dans le commentaire de l'article ** [**hyperlien**]. Les dispositions de l'article 22 [**hyperlien**] régissant l'attribution du marché, y compris le délai d'attente en cas de mise en concurrence lors de la deuxième étape, garantissent la transparence de la prise de décision lors de cette étape. Toutefois, de manière plus générale, compte tenu des risques d'atteinte à la concurrence à plus long terme, examinés plus haut au paragraphe **, l'organisme des marchés publics ou organisme similaire devrait contrôler l'impact de l'accord-cadre sur la concurrence du marché concerné, surtout si celui-ci risque de devenir monopolistique ou oligopolistique. Comme on l'a noté en ce qui concerne les autres méthodes de passation de marchés et plus haut à la section ** du commentaire général, il peut être utile que ce contrôle se fasse conjointement avec les autorités chargées de la protection de la concurrence dans l'État adoptant concerné [**hyperliens**].

27. La Loi type prévoit qu'un accord-cadre ouvert doit fonctionner par voie électronique mais laisse sur ce point une marge de manœuvre à l'entité adjudicatrice en ce qui concerne l'accord-cadre fermé. Les États adoptants voudront peut-être souligner les avantages d'une procédure en ligne en termes d'efficacité et de transparence (par exemple, les conditions peuvent être rendues accessibles au public au moyen d'un hyperlien; une invitation papier à la mise en concurrence lors de la

deuxième étape risque d'être une solution peu pratique pour les utilisateurs. Voir également, plus haut, la section ** du commentaire général [**hyperlien**]). Si l'État adoptant exige que tous les accords-cadres fonctionnent par voie électronique ou encourage cette pratique (ou a l'intention de le faire), les règlements ou autres règles peuvent exiger que tous ces accords soient centralisés, ce qui renforcera encore la transparence et l'efficacité de leur fonctionnement.

28. Une troisième grande mesure de contrôle prévue dans la Loi type vise à limiter l'effet potentiellement anticoncurrentiel que des accords-cadres pourraient avoir sur la procédure de passation ou sur l'ensemble du marché si les fournisseurs se décourageaient, comme il est expliqué plus haut aux paragraphes ** [**hyperlien**]. Au niveau d'une passation donnée, puisque aucun fournisseur ou entrepreneur ne peut se voir attribuer de marché au titre d'un accord-cadre sans être partie à celui-ci, les accords-cadres peuvent avoir un effet anticoncurrentiel.

29. Pour ce qui est des accords-cadres fermés, on estime généralement qu'assurer une pleine concurrence pour les achats envisagés périodiquement, en limitant leur durée et en exigeant que les achats suivants soient de nouveau ouverts à la concurrence, contribue à réduire ce risque anticoncurrentiel. On considère également que la limitation de la durée maximale contribue à prévenir les tentatives de justifier des accords-cadres excessivement longs. D'un autre côté, réduire une durée trop courte peut nuire à l'efficacité administrative des accords-cadres. La CNUDCI considère qu'il n'y a pas une seule durée maximale appropriée, compte tenu du fait que les circonstances administratives et commerciales diffèrent d'un cas à l'autre, et l'État adoptant est donc invité à fixer la limite appropriée dans ses règlements en matière de passation des marchés.

30. Pour cette raison, l'article 59-1 a) [**hyperlien**] de la Loi type dispose que l'entité adjudicatrice doit fixer la durée maximale de l'accord-cadre fermé, qui ne peut dépasser la durée maximale fixée par l'État adoptant dans les règlements en matière de passation des marchés (c'est-à-dire que la Loi type ne fixe pas elle-même de limite déterminée). Les règlements ou les règles ou orientations qui les accompagnent devraient indiquer que le maximum comprend toutes les prorogations possibles de la durée initiale fixée pour l'accord-cadre concerné. Cet aspect est primordial pour ce qui est d'éviter les prorogations et dérogations abusives. L'expérience des pays utilisant des accords-cadres fermés montre que les avantages potentiels de cette technique sont généralement susceptibles de se concrétiser lorsque ces accords durent suffisamment longtemps pour permettre la conclusion de plusieurs marchés, par exemple trois à cinq ans. Au-delà de cette durée, le risque d'effet anticoncurrentiel peut s'accroître, et il se peut que les conditions de l'accord-cadre fermé ne reflètent plus les conditions du marché à ce moment. Étant donné que certains marchés peuvent changer plus rapidement, surtout si des évolutions techniques sont probables, par exemple dans les passations de marchés dans le secteur des technologies de l'information et des télécommunications ou si les besoins de l'entité adjudicatrice sont susceptibles d'évoluer dans le temps, la durée appropriée de chaque marché peut être sensiblement plus courte que la durée maximum. Les règlements, règles ou orientations devraient également traiter des contrôles internes de l'attribution des marchés à la fin d'une période budgétaire ou à l'approche de la fin de la durée de l'accord-cadre, encore une fois pour éviter les abus constatés dans ces attributions.

31. Les États adoptants peuvent aussi considérer que des durées différentes pourraient convenir pour différents types de passations de marchés et que pour certains articles susceptibles de connaître une évolution importante, cette durée peut se mesurer en mois. Les règlements peuvent prévoir des durées plus courtes dans les limites du maximum légal indiqué à l'article 59 [**hyperlien**], auquel cas des orientations claires doivent être données aux entités adjudicatrices pour assurer qu'elles consultent la bonne source. Ces orientations devraient également traiter des limites de la durée des accords-cadres liées à des facteurs externes (telles que les exigences de la budgétisation publique). Elles devraient également encourager les entités adjudicatrices à évaluer elles-mêmes périodiquement pendant la durée d'un accord-cadre fermé si ses prix et conditions sont toujours d'actualité et compétitifs, parce qu'ils tendent à rester fixes et non à suivre l'évolution du marché. À cet égard, il y a un risque que les entités adjudicatrices décident de passer un marché au moyen d'un accord-cadre existant même si les conditions de celui-ci ne correspondent pas tout à fait à ses besoins ou ne reflètent pas vraiment la situation du marché à ce moment, afin d'éviter de devoir engager une nouvelle procédure de passation (et de nouveau définir les conditions, publier un avis de passation de marché, vérifier les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs, procéder à l'examen et à l'évaluation des soumissions initiales, etc.). De ce fait, les entités adjudicatrices n'évaluent parfois pas suffisamment le prix ni la qualité lorsqu'elles passent une commande donnée. L'expérience montre aussi qu'elles auront tendance à privilégier les spécifications par rapport au prix; les orientations devraient donc traiter de la nécessité d'assurer un juste équilibre [supprimer la répétition].

32. S'agissant des accords-cadres ouverts, le risque d'atteinte à la concurrence est moindre parce que l'accord-cadre reste ouvert à de nouvelles parties. La durée de l'accord-cadre ouvert n'est donc pas soumise à un maximum légal; elle est laissée à l'appréciation de l'entité adjudicatrice (voir article 61-1 a) [**hyperlien**]). Les garanties appliquées sont l'obligation de rendre publique l'existence de l'accord-cadre et celle de procéder à un examen rapide des demandes de participation à l'accord (voir articles 60-1, 61-2, et 60-4 et 5 [**hyperliens**]).

33. L'accord-cadre lui-même contient les conditions du marché envisagé (autres que celles devant être définies lors de la mise en concurrence de la deuxième étape). Les règlements ou règles et orientations devraient souligner que l'accord lui-même devrait décrire exhaustivement toutes les conditions, l'objet du marché (y compris ses spécifications) et les critères d'évaluation, afin de favoriser la participation et la transparence, et en raison des restrictions imposées à la modification des conditions pendant la durée d'application de l'accord-cadre (voir également ci-après le commentaire des articles 58 à 63 [**hyperlien**]).

34. En résumé, l'utilisation efficace des procédures d'accords-cadres exigera de l'entité adjudicatrice ou autre opérateur qu'il détermine quel type d'accord convient en fonction de la complexité de l'objet du marché ou de son homogénéité ou de toute autre manière, et comment la concurrence peut être assurée. L'État adoptant voudra peut-être s'assurer de l'existence de mécanismes appropriés de renforcement des capacités afin de permettre une prise de décision optimale.

## B. Dispositions concernant les procédures d'accords-cadres

### Article 32. Conditions d'utilisation d'une procédure d'accord-cadre

35. Cet article énonce les conditions d'utilisation d'une procédure d'accord-cadre (paragraphe 1) et l'obligation de justifier le recours à cette procédure et d'indiquer dans le procès-verbal les raisons invoquées (paragraphe 2). Tout en tenant compte de la nécessité d'assurer une utilisation appropriée des accords-cadres, la CNUDCI a veillé à éviter d'en limiter l'utilité par des conditions excessivement restrictives.

36. Le paragraphe 1 énumère les conditions d'utilisation d'une procédure d'accord-cadre, que la procédure donne lieu à un accord-cadre fermé ou ouvert. Les conditions se fondent sur l'idée selon laquelle la procédure d'accord-cadre peut présenter des avantages dans une passation de marché, notamment en termes d'efficacité administrative, si l'entité adjudicatrice a des besoins susceptibles de se manifester à court ou moyen terme mais que toutes les conditions ne peuvent être définies au début de la passation (voir plus haut aux paragraphes ** une description des avantages). Le paragraphe 1 autorise l'utilisation d'une procédure d'accord-cadre dans deux situations où ces circonstances peuvent se présenter: premièrement, lorsqu'on prévoit que l'objet du marché sera nécessaire de manière "indéterminée", ce qui signifie qu'on ignore l'étendue, le moment ou la quantité de ce besoin ou qu'on prévoit qu'il sera récurrent et deuxièmement, lorsque l'objet du marché peut être nécessaire de façon urgente. Le premier cas peut concerner des achats répétés d'articles ou de services relativement courants (fournitures de bureau, services simples tels que gardiennage, contrats de maintenance, etc.). Le deuxième cas peut se présenter lorsqu'un organisme public doit réagir à une catastrophe naturelle, à une pandémie ou à d'autres risques connus, cette condition pouvant normalement mais ne devant pas s'ajouter à la première. La sécurité d'approvisionnement est habituellement source de préoccupation dans ce second cas, mais elle peut aussi le devenir dans le premier cas si un besoin indéterminé d'achats récurrents d'articles exigeant une production spécialisée se présente (voir plus haut, aux paragraphes ** de l'introduction de ce chapitre, l'examen général des types de passation pouvant se prêter à des accords-cadres [**hyperlien**]). Si la procédure donne lieu à un accord-cadre fermé, les conditions d'utilisation applicables à la méthode de passation qu'il est prévu d'utiliser pour attribuer l'accord doivent également être satisfaites. La raison en est que, conformément à l'article 58-1 de la Loi type [**hyperlien**], un accord-cadre fermé doit être attribué en recourant à une procédure d'appel d'offres ouvert, à moins que le recours à une autre méthode de passation ne se justifie.

37. Les conditions d'utilisation des procédures d'accords-cadres sont beaucoup plus souples que celles des méthodes de passation énumérées à l'article 27-1 [**hyperlien**]: l'entité adjudicatrice n'est pas tenue d'indiquer une fois pour toutes que les besoins se manifesteront de façon indéterminée ou urgente, mais simplement qu'ils sont susceptibles de se manifester. La subjectivité inhérente à ces conditions d'utilisation fait qu'il est plus difficile de les faire respecter que de faire respecter celles des méthodes de passation énumérées à l'article 27-1. Les paragraphes ** de l'introduction du chapitre VII énoncent des mesures qui renforceront l'objectivité de telles décisions et permettront ainsi de vérifier plus facilement si les décisions prises dans les circonstances d'un accord-cadre donné sont raisonnables. De cette manière, ces conditions, accompagnées de règlements,

règles et orientations appropriés, favoriseront la responsabilité et encourageront les pratiques optimales.

38. Comme noté plus haut (paragraphes **), le coût de la mise en place et de l'application d'une procédure d'accord-cadre, qui comporte deux étapes, sera normalement plus élevé que celui d'une procédure de passation de marché en une seule étape. Pour savoir si une procédure d'accord-cadre convient dans une situation donnée, il faudra donc déterminer si les avantages potentiels compensent ce surcoût. Lorsqu'on s'attend à ce que le besoin soit récurrent, les dépenses administratives liées à la mise en place et à l'exécution de l'accord-cadre peuvent être amorties sur une série d'achats; lorsqu'on prévoit qu'il sera urgent ou indéterminé, il faut mettre en balance les dépenses administratives et les avantages économiques que les conditions de passation précédemment fixées peuvent apporter par rapport aux autres procédures utilisables. L'entité adjudicatrice doit donc procéder à une analyse coûts-avantages fondée sur des probabilités avant d'engager une procédure d'accord-cadre. Les paragraphes ** de l'introduction du présent chapitre aideront les États adoptants à décider quelles orientations il convient de fournir et quelle formation il convient de dispenser pour que l'entité adjudicatrice dispose des moyens nécessaires à cette fin. Ces considérations s'appliquent en particulier dans le contexte des accords-cadres fermés.

39. En outre, il convient de noter que l'accord-cadre ne saurait remplacer une planification efficace des marchés. Dans le contexte d'un accord-cadre fermé en particulier, à moins que des estimations réalistes du marché final ne puissent être établies et communiquées au début de la procédure, les fournisseurs potentiels ne seront pas encouragés à soumettre leur meilleur prix lors de la première étape, ce qui signifie qu'un accord-cadre fermé pourrait ne pas apporter les avantages escomptés ou que des considérations de prix ou de qualité compromettant le rapport qualité-prix risquent de l'emporter sur l'efficacité administrative.

40. Les conditions d'utilisation se justifient également par la nécessité de tenir compte de l'éventuelle restriction de la concurrence que suppose l'emploi de cette technique, en particulier l'accord-cadre fermé (voir paragraphes ** ci-dessus). Dans ce contexte, il convient également de mentionner la durée limitée des accords-cadres fermés prévue à l'article 59-1 a) [**hyperlien**] et la durée définie prescrite à l'article 61-1 a) [**hyperlien**], qui impliquent que l'objet du marché soit de nouveau ouvert à la pleine concurrence à l'expiration de l'accord.

41. Les conditions d'utilisation doivent se lire conjointement avec la définition de l'expression "entité adjudicatrice", qui permet à plusieurs acheteurs d'utiliser l'accord-cadre. Si l'État adoptant souhaite que des centrales d'achat puissent jouer le rôle d'intermédiaire pour une ou plusieurs entités adjudicatrices de manière à réaliser les économies d'échelle qu'un achat centralisé peut offrir, il voudra peut-être adopter une réglementation ou publier des instructions afin que de tels arrangements puissent être appliqués avec transparence et efficacité.

42. Le paragraphe 2 dispose que l'entité adjudicatrice doit verser au procès-verbal de la passation de marché les raisons pour lesquelles elle recourt à la procédure d'accord-cadre. L'idée est qu'elle y inclue l'analyse coûts-avantages visée aux paragraphes précédents. Dans le cas de l'attribution d'un accord-cadre fermé, ce paragraphe est complété par l'article 28-3 de la Loi type [**hyperlien**], selon lequel l'entité adjudicatrice est tenue d'indiquer dans le procès-verbal les raisons et

circonstances sur lesquelles elle s'est fondée pour justifier le recours à une méthode de passation autre que l'appel d'offres ouvert pour attribuer l'accord. Compte tenu des risques constatés de recours excessif aux accords-cadres en raison de leur efficacité administrative supposée (voir plus haut, aux paragraphes ** de l'introduction du présent chapitre [**hyperlien**]), et du caractère général de leurs conditions d'utilisation, il importera d'effectuer en temps voulu un contrôle approprié de la justification versée au procès-verbal (cela également pour faciliter toute contestation de l'utilisation d'une procédure d'accord-cadre de la part de fournisseurs ou entrepreneurs). Pour que le contrôle soit efficace, il faudra examiner de près la quantité des achats réalisés au titre de l'accord-cadre pour déceler les cas d'utilisation excessive ou de sous-utilisation décrits précédemment (voir plus haut, aux paragraphes ** de l'introduction au présent chapitre [**hyperlien**]).

## A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.16 (Original: anglais)

## Note du Secrétariat concernant le Guide révisé pour l'incorporation qui accompagnera la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa vingt et unième session

ADDITIF

Le présent additif contient une proposition concernant le texte du Guide qui accompagnera les articles 58 et 59 du chapitre VII (Procédures d'accords-cadres) de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

# GUIDE POUR L'INCORPORATION DANS LE DROIT INTERNE DE LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LA PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS

…

## B. Dispositions concernant les procédures d'accords-cadres (*suite*)

### Article 58. Attribution d'un accord-cadre fermé

1. Cet article a pour objet de fixer des règles régissant l'attribution d'un accord-cadre fermé. Ces dispositions s'appliquent aussi bien à la procédure d'accord-cadre avec mise en concurrence lors de la deuxième étape qu'à la procédure d'accord-cadre sans mise en concurrence lors de la deuxième étape, les deux, comme il est expliqué ci-dessus (...), pouvant conduire à l'attribution d'un accord-cadre fermé.

2. En mentionnant dans son alinéa b) le chapitre II de la Loi type [**hyperlien**], le paragraphe 1 impose à l'entité adjudicatrice de se conformer aux dispositions de ce chapitre lorsqu'elle choisit la méthode de passation appropriée pour l'attribution d'un accord-cadre fermé, et la procédure applicable à la méthode de passation choisie. Ni les conditions d'utilisation, ni les dispositions de ce paragraphe ne restreignent les méthodes de passation qui peuvent être utilisées pour attribuer un accord-cadre fermé, à la condition, toutefois, que le recours à une procédure d'appel d'offres ouvert soit envisagé en premier lieu et que le recours à une autre méthode de passation soit justifié. Ce choix doit tenir compte à la fois des circonstances qui entourent la passation du ou des marchés concernés et de la nécessité d'assurer la plus grande concurrence possible, comme le prévoit l'article 28 [**hyperlien**]. Toutefois, vu qu'il importe que s'exerce une concurrence rigoureuse lors de la première étape des accords-cadres fermés, il convient de suivre de très près l'application des exceptions à l'appel d'offres ouvert, compte tenu en particulier des risques d'entrave à la concurrence dans les procédures d'accords-cadres et des types d'achat pour lesquels les accords-cadres

sont appropriés (voir, à ce sujet, plus haut les paragraphes ** de l'introduction du présent chapitre [**hyperlien**]).

3. Parmi les exemples de circonstances dans lesquelles des méthodes de passation autres que l'appel d'offres ouvert peuvent convenir, on citera le recours aux accords-cadres en vue d'une acquisition rapide et rentable soit d'articles bon marché, commandés de manière récurrente et urgente, tels que des services de maintenance ou de nettoyage (pour lesquels des procédures d'appel d'offres ouvert pourraient ne pas être financièrement intéressantes), soit d'articles spécialisés tels que des médicaments, des fournitures énergétiques et des manuels scolaires, pour lesquels la procédure en question peut protéger les sources d'approvisionnement sur des marchés limités. Le recours aux négociations avec appel à la concurrence ou à la sollicitation d'une source unique peut convenir pour l'attribution d'un accord-cadre fermé dans des situations d'urgence. Si l'entité adjudicatrice n'est pas en mesure d'établir les spécifications ou de définir les principales conditions du marché dès le début de la procédure, comme c'est le cas dans les marchés de services ou de travaux plus complexes, les accords-cadres risquent d'être moins appropriés car les incertitudes en présence peuvent réduire la participation. Cela étant, on relève dans la pratique des exemples d'accords-cadres réussis, conclus suite à des demandes de propositions fondées sur le dialogue[1]. (Voir également les instructions sur les conditions d'utilisation des méthodes de passation aux sections ** ci-dessus [**hyperlien**]). Les décisions connexes relatives au recours à une procédure d'accord-cadre donnée, ainsi que le choix de la méthode de passation et du type de sollicitation, qui supposent un certain pouvoir discrétionnaire et exigent des capacités appropriées, revêtent une telle importance que les orientations et les règlements tendant à améliorer la prise de décision seront déterminants pour tirer pleinement parti de cette technique, comme il est indiqué plus haut aux paragraphes ** de l'introduction du présent chapitre [**hyperlien**].

4. Le paragraphe 1 prévoit également, selon que de besoin, des dérogations à la procédure de la méthode de passation choisie pour tenir compte de la procédure d'accord-cadre, de sorte que les références aux "offres" ou autres types de soumission doivent être interprétées comme des références aux offres ou soumissions "initiales", quand est prévue une mise en concurrence lors de la deuxième étape impliquant des offres ou soumissions de la deuxième étape, et les références à la sélection du fournisseur ou de l'entrepreneur à retenir ainsi qu'à la conclusion d'un marché doivent être interprétées comme des références à l'admission du ou des fournisseurs ou entrepreneurs à participer à l'accord-cadre, ainsi qu'à la conclusion de cet accord. Les États adoptants voudront peut-être donner des orientations sur les dérogations possibles, en faisant observer que leur ampleur variera d'un cas à l'autre en raison de la souplesse qu'exige la prise en compte des accords-cadres fermés avec ou sans mise en concurrence lors de la deuxième étape et avec un ou plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs parties.

5. Le paragraphe 2 énonce les informations qui doivent être communiquées dans le cas d'une sollicitation de participation à la procédure d'accord-cadre. Le dossier de sollicitation doit suivre les règles normales qui s'appliquent à la méthode de passation choisie. Autrement dit, il doit énoncer les conditions régissant la

---

[1] Cette observation reflète le résultat de consultations avec les experts. Si le Groupe de travail souhaite l'inclure, il lui est demandé de fournir des exemples précis au Secrétariat.

fourniture de l'objet du marché et les procédures d'attribution du marché (qui sera exécuté au titre de l'accord-cadre). Du fait que les procédures d'accords-cadres comportent deux étapes qui débouchent sur l'attribution d'un ou de plusieurs marchés, les informations communiquées au début aux fournisseurs ou entrepreneurs potentiels doivent porter sur ces deux étapes. Ainsi, les dispositions s'appliquent-elles aux informations correspondant à chacune des deux étapes, étant entendu que certaines conditions de la passation, qui figurent dans le dossier de sollicitation dans les procédures de passation "classiques", seront affinées ou établies lors de la deuxième étape de la procédure.

6. Il est indiqué dans le chapeau du paragraphe 2 que les informations habituelles relatives à la sollicitation doivent s'appliquer intégralement "*mutatis mutandis*", ce qui signifie qu'elles doivent être adaptées aux particularités d'une procédure d'accord-cadre donnée. Ces informations doivent être rappelées dans l'accord-cadre lui-même ou, si cela est possible et propice à l'efficacité administrative, et si le système juridique du pays considère les annexes comme faisant partie intégrante d'un document, le dossier de sollicitation peut être annexé à l'accord-cadre. Autrement dit, le dossier de sollicitation doit énoncer les conditions qui régiront la fourniture de l'objet du marché, les critères qui seront utilisés pour sélectionner les fournisseurs ou entrepreneurs à retenir et les procédures pour l'attribution des marchés au titre de l'accord-cadre. Ces informations visent à permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs de comprendre la portée de l'engagement que l'on attend d'eux et, partant, de proposer le meilleur prix et la meilleure qualité. Ainsi, l'obligation normale de communiquer préalablement toutes les conditions du marché (y compris les spécifications et les critères retenus pour la sélection des fournisseurs ou entrepreneurs, à savoir la soumission la plus basse ou de la soumission la plus avantageuse) s'applique-t-elle aussi.

7. Les dérogations à l'obligation de fournir des informations exhaustives sur les conditions du marché au moment de solliciter la participation à la procédure d'accord-cadre ne sont autorisées que dans la mesure où elles sont nécessaires pour répondre aux besoins du marché concerné. Par exemple, il est peu probable que l'entité adjudicatrice puisse satisfaire à l'obligation formulée à l'article 39 d) [**hyperlien**] selon laquelle le dossier de sollicitation doit comporter les renseignements suivants: "la quantité de biens; les services à exécuter; le lieu où les biens doivent être livrés, les travaux effectués ou les services fournis; et, le cas échéant, le délai souhaité ou requis pour la livraison des biens, l'exécution des travaux ou la fourniture des services". Toutefois, la portée de la dérogation nécessaire peut varier. Ainsi, l'entité adjudicatrice peut connaître la date de chacun des achats prévus, mais non les quantités, ou inversement; ou encore, elle peut connaître la quantité totale mais non la date des achats; enfin, il se peut qu'elle dispose de toutes les informations voulues sur ces différentes questions ou n'en sache rien.

8. Les renseignements qui doivent normalement être fournis au moment de solliciter la participation à une procédure de passation en une étape et qui seront omis dans une procédure d'accord-cadre varieront d'une procédure à l'autre. Toute omission outrepassant les dérogations autorisées pourra faire l'objet d'une contestation. De ce fait, si des renseignements détaillés sur la quantité totale et la livraison des achats envisagés au titre de l'accord-cadre sont connus lors de la première étape de la passation, ils doivent être mentionnés. Si la quantité totale

n'est pas connue lors de la première étape de la passation, il faut indiquer les quantités minimales et maximales des achats envisagés au titre de l'accord-cadre, pour autant qu'elles soient connues, ou à défaut donner des estimations.

9. Conformément à l'alinéa b) du paragraphe 2, l'entité adjudicatrice doit préciser si l'accord-cadre sera conclu avec un ou plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs. L'efficacité administrative des accords-cadres tend à montrer que ce sont les accords conclus avec plusieurs fournisseurs qui conviennent le plus souvent. Cela étant, selon la nature du marché en cause, un accord-cadre conclu avec un fournisseur unique peut aussi offrir des avantages (par exemple, lorsque la confidentialité ou la sécurité de l'approvisionnement est une considération importante, ou lorsqu'il n'existe qu'un seul fournisseur ou entrepreneur sur le marché).

10. Aucune disposition n'impose un nombre minimum ou maximum de fournisseurs ou d'entrepreneurs parties à un accord-cadre. Un nombre minimum peut convenir pour assurer la sécurité de l'approvisionnement. Lorsqu'une mise en concurrence lors de la deuxième étape est envisagée, il faut qu'il y ait un nombre suffisant de fournisseurs ou d'entrepreneurs pour assurer une véritable concurrence et les conditions de la sollicitation peuvent prescrire un nombre minimum ou un nombre suffisant pour garantir une telle concurrence. Si le minimum requis n'est pas atteint, l'entité adjudicatrice [peut/doit] annuler la procédure de passation en se fondant sur les dispositions de l'article 19 [**hyperlien**][2].

11. Un nombre maximum peut également être justifié lorsque l'entité adjudicatrice prévoit que les fournisseurs ou entrepreneurs qualifiés qui présenteront des soumissions conformes seront plus nombreux que ce qu'il est possible d'accepter. Cette situation peut illustrer la capacité administrative de l'entité adjudicatrice, en ce sens notamment qu'un plus grand nombre de participants risque de faire obstacle à l'efficacité administrative de la procédure. Une autre raison de limiter le nombre de participants est de vouloir garantir que chacun aura une réelle possibilité de se voir attribuer un marché dans le contexte de l'accord-cadre, et d'encourager chacun à fixer le prix de son offre et à offrir la meilleure qualité possible en conséquence.

12. Lorsqu'un nombre minimum et/ou maximum de fournisseurs ou d'entrepreneurs est imposé, ce nombre doit être indiqué dans le dossier de sollicitation. La meilleure pratique voudrait que le procès-verbal de la procédure de passation contienne une justification de la ou des décisions de l'entité adjudicatrice, qui ferait partie des informations complémentaires que l'État adoptant peut décider d'inclure en vertu de l'article 25-1, ou à l'appui des règlements pertinents mentionnés à l'article 25-1 w) [**hyperliens**]. Lorsqu'un nombre maximum est fixé, les critères et procédures de sélection des participants devraient consister à recenser le nombre pertinent de soumissions les plus basses ou les plus avantageuses. Pour ce faire, il faut établir un classement pour sélectionner les fournisseurs ou entrepreneurs qui deviendront parties à l'accord-cadre. S'il peut être facile, comme on l'a constaté, d'établir un nombre maximum du point de vue administratif, le fait de fixer préalablement un nombre strictement défini peut

---

[2] Des orientations doivent être fournies au Secrétariat sur les effets qu'entraîne l'impossibilité d'atteindre le nombre minimum prévu, par exemple lorsqu'un accord-cadre à fournisseurs multiples était envisagé mais qu'un seul fournisseur ou entrepreneur est qualifié et soumet une offre conforme.

entraîner des contestations de la part de ceux dont les soumissions viennent juste après celles des fournisseurs ou entrepreneurs retenus (à savoir lorsqu'il y a très peu de différences entre les offres des fournisseurs ou entrepreneurs retenus et les offres de ceux qui ne le sont pas). Il a été dit qu'un nombre situé dans une fourchette bien définie pourrait offrir une bonne solution de remplacement, à condition que son objectif soit clairement énoncé dans le dossier de sollicitation.

13. Conformément à l'alinéa d) du paragraphe 2, la forme et les conditions de l'accord-cadre, y compris, par exemple, s'il est prévu de procéder à une mise en concurrence lors de la deuxième étape et de définir des critères d'évaluation pour cette étape, doivent être indiquées dans le dossier de sollicitation. Ces dispositions relatives à la transparence renvoient à un principe général de la Loi type, selon lequel toutes les conditions de la passation doivent être préalablement déterminées, comme il ressort également du chapeau du paragraphe 2 (voir par. ** ci-dessus).

14. Aucune dérogation n'est prévue pour les critères de qualification et d'évaluation ou les modalités de leur application, qu'il s'agisse de l'admission à participer à l'accord-cadre ou d'une mise en concurrence à la deuxième étape, étant entendu toutefois que les critères d'évaluation à appliquer lors de la deuxième étape peuvent varier dans une fourchette prédéterminée, comme il est expliqué dans le commentaire concernant l'article 59-1 d) ci-dessous [**hyperlien**]. Si cette marge de manœuvre est mise à profit, la fourchette retenue doit être précisée dans le dossier de sollicitation.

15. Un des aspects de la sélection qui est plus complexe dans les accords-cadres que dans les méthodes de passation traditionnelles est le coefficient de pondération à attribuer, le cas échéant, dans les critères de sélection pour les deux étapes de la passation. En ce qui concerne particulièrement les achats centralisés effectués sur une longue période, le fait de permettre à l'entité adjudicatrice de déterminer ces coefficients et leur utilité précise uniquement lors de chaque achat (autrement dit au moment de la deuxième étape) peut présenter des avantages en termes de rapport qualité-prix et d'efficacité administrative. D'un autre côté, les considérations de transparence, l'objectivité du processus et la nécessité d'éviter de modifier les critères de sélection durant une passation sont des éléments essentiels de la Loi type destinés à prévenir toute manipulation abusive de ces critères et tout recours à des critères vagues et généraux pour favoriser certains fournisseurs ou entrepreneurs. En permettant de modifier les coefficients de pondération pendant la durée d'un accord-cadre, on risque de faciliter les modifications opaques ou abusives des critères de sélection. La Loi type tente de tenir compte de ces objectifs concurrents en prévoyant la possibilité de faire varier les coefficients de pondération lors de la deuxième étape dans une fourchette ou grille préétablie dans l'accord-cadre et donc également dans le dossier de sollicitation, à condition que cette variation n'entraîne pas une modification de la description de l'objet du marché (voir art. 63 [**hyperlien**]).

16. On trouvera dans le commentaire de l'article 59 [**hyperlien**] ci-dessous d'autres indications sur la forme et les conditions de l'accord-cadre.

17. Le paragraphe 3 précise que les dispositions de l'article 22 [**hyperlien**] relatif à l'acceptation de la soumission retenue et à l'entrée en vigueur du marché s'appliquent à l'attribution d'un accord-cadre fermé, adaptées selon que de besoin à la procédure de l'accord-cadre (voir le commentaire de l'article 21 au paragraphe **

ci-dessus [**hyperlien**]). Cette disposition est nécessaire car l'article 22 porte sur la conclusion d'un marché et, comme il ressort clairement de la définition de l'accord-cadre et des procédures pertinentes à l'article 2, l'accord-cadre proprement dit n'est pas un marché (voir également les paragraphes … ci-dessus).

18. Les fournisseurs ou entrepreneurs qui deviendront parties à l'accord-cadre sont choisis en fonction des critères énoncés dans le dossier de sollicitation, à savoir la soumission la plus basse ou la plus avantageuse. La sélection se fonde sur un examen exhaustif des soumissions initiales (lorsqu'est prévue une mise en concurrence à la deuxième étape) ou des soumissions (lorsqu'il n'y a pas de mise en concurrence à la deuxième étape), et sur l'évaluation des qualifications des fournisseurs ou des entrepreneurs. Les soumissions conformes sont ensuite évaluées sur la base des critères d'évaluation mentionnés dans le dossier de sollicitation et compte tenu, le cas échéant, du nombre minimum ou maximum de fournisseurs ou entrepreneurs parties préalablement fixé dans le dossier de sollicitation[3].

19. Par la suite, les dispositions relatives à l'avis et le délai d'attente prévus à l'article 22 s'appliquent à la procédure à travers un renvoi au paragraphe 3 (les dérogations envisagées au sujet du délai d'attente en vertu de l'article 22-3 [**hyperlien**] ne s'appliquent pas ou ont très peu de chances de s'appliquer à l'attribution d'un accord-cadre fermé). L'attribution de l'accord-cadre fermé peut également être subordonnée à une approbation externe. Lorsque les accords-cadres sont utilisés par plusieurs ministères et organismes publics, des mécanismes de contrôle *ex ante* de ce type pourraient être jugés appropriés. Dans ce cas, un libellé supplémentaire peut être ajouté au paragraphe 3 ou ailleurs dans l'article 58 [**hyperlien**] ou dans les textes d'application, sur la base du libellé facultatif figurant à l'article 30-2 [**hyperlien**].

20. Afin de prévenir la crainte que les mécanismes de publicité normaux prévus dans les systèmes de passation ne puissent s'appliquer aux accords-cadres (car il ne s'agit pas de marchés à proprement parler) ni à certains marchés attribués au titre de ces accords (s'ils sont en dessous du seuil à partir duquel une publicité est exigée), l'article 23 [**hyperlien**] de la Loi type exige la publication d'un avis lorsqu'un accord-cadre fermé est attribué de la même manière qu'un marché (l'article 22 s'applique également dans son intégralité aux marchés conclus en vertu d'un accord-cadre).

21. Comme il ressort clairement de la définition de l'accord-cadre et des procédures pertinentes à l'article 2 [**hyperlien**], l'accord-cadre n'est pas un marché tel que le définit la Loi type, mais peut avoir force obligatoire dans les États adoptants. Les États voudront donc peut-être publier des orientations sur ce qu'implique le fait de lier les pouvoirs publics pendant la première étape de la procédure. Les soumissions des fournisseurs ou entrepreneurs peuvent avoir force obligatoire en vertu de la loi de l'État adoptant. Dans un accord-cadre fermé sans mise en concurrence lors de la deuxième étape, les conditions du marché sont énoncées et les soumissions de la première étape ont force obligatoire comme c'est

---

[3] En ce qui concerne l'alinéa c) du paragraphe 2 de l'article 58 de la Loi type, les règlements devraient-ils prévoir un nombre maximum (selon le libellé de la Loi type, l'entité adjudicatrice a la liberté de fixer un nombre minimum ou maximum)? Autrement, tous les fournisseurs ou entrepreneurs qui présentent des soumissions conformes doivent être acceptés et il n'y aurait pas de véritable évaluation lors de la première étape.

le cas normalement. S'il y a une mise en concurrence lors de la deuxième étape, toutefois, les États voudront peut-être donner des orientations afin de bien préciser dans quelle mesure les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent modifier, lors de cette deuxième étape, leurs soumissions (initiales) établies pour la première étape, quand le résultat est moins favorable pour l'entité adjudicatrice (moyennant, par exemple, une majoration du prix si les conditions du marché évoluent).

22. En fonction des conditions des accords-cadres conclus par des entités adjudicatrices et de la loi qui les régit dans l'État adoptant, ces accords peuvent prendre la forme d'un contrat ayant force obligatoire. Néanmoins, la définition du terme "marché" à l'article 2 k) de la Loi type [**hyperlien**] n'inclut pas la notion d'accord-cadre. Le marché au sens de cet article est conclu lors de la deuxième étape de la procédure, lorsque l'entité adjudicatrice attribue un marché au titre de l'accord-cadre. Techniquement, l'attribution intervient lorsque l'entité adjudicatrice adresse un avis d'acceptation, autrement dit lorsqu'elle accepte la soumission du fournisseur ou de l'entrepreneur lors de la deuxième étape conformément à l'article 22 de la Loi type [**hyperlien**]. Par conséquent, les garanties et procédures prévues dans la Loi type s'appliquent pendant toute la procédure d'accord-cadre.

**Article 59. Prescriptions concernant les accords-cadres fermés**

23. Cet article énonce les conditions régissant l'accord-cadre fermé et l'attribution de marchés sur le fondement de cet accord. Étant donné que certaines conditions de la passation de marché ne sont pas fixées au début de la procédure d'accord-cadre (contrairement à ce qui se passe dans une passation de marché "traditionnelle"), il est important, pour des raisons de transparence, que toutes les conditions définies lors de la première étape et que le mécanisme utilisé pour définir les autres conditions figurent dans l'accord-cadre lui-même. Cette mesure de protection garantira que les conditions sont connues et cohérentes tout au long de la procédure. L'accord-cadre contiendra donc les conditions qui s'appliqueront à la deuxième étape de la procédure et indiquera comment seront fixées les conditions qui n'ont pas été établies à la première étape. Ces informations étant importantes pour favoriser la participation et la transparence, elles doivent aussi être divulguées dans le dossier de sollicitation visé à l'article 58 [**hyperlien**].

24. La loi de l'État adoptant traitera des questions telles que le caractère obligatoire de l'accord en droit des contrats, comme examiné dans le commentaire figurant dans l'introduction du présent chapitre [**hyperlien**].

25. Selon le chapeau du paragraphe 1, l'accord-cadre doit être sous forme écrite afin d'appuyer les garanties prévues au paragraphe 1. Ces dispositions sont complétées par le paragraphe 2 de l'article qui autorise, dans certaines conditions, l'entité adjudicatrice à conclure un accord séparé avec chaque fournisseur ou entrepreneur partie (voir également le paragraphe ** ci-dessous).

26. L'alinéa a) du paragraphe 1 mentionne la durée limitée de tous les accords-cadres fermés qui ne peut dépasser la durée maximale établie dans les règlements en matière de passation des marchés, question examinée aux paragraphes ** de l'introduction du présent chapitre [**hyperlien**]. La principale raison de l'imposition d'une durée légale maximale est que l'on considère que l'effet potentiellement anticoncurrentiel de ces accords augmentera

proportionnellement à leur durée. Il importe de noter que la limite est la durée maximale, et non pas la durée moyenne ou appropriée. Cette dernière peut varier à mesure que la situation sur le marché change et devrait, en tout état de cause, tenir compte de la nature du marché concerné, de questions financières telles que les crédits budgétaires, et des différences régionales ou de développement au sein des États ou entre eux.

27. La Loi type ne prévoit pas la possibilité de prolonger des accords-cadres conclus ni de déroger à la durée maximale prescrite, car une telle possibilité irait à l'encontre de l'objectif du régime envisagé par ses dispositions. Si les États adoptants souhaitent autoriser des prolongations dans des circonstances exceptionnelles, des règlements ou des orientations clairs seront nécessaires pour limiter leur durée et leur portée. Par exemple, de nouvelles passations ne sont pas forcément justifiées en cas de catastrophe naturelle ou de sources d'approvisionnement restreintes, lorsque le public pourrait bénéficier des conditions de l'accord-cadre existant. Les orientations devraient également traiter le problème de la passation, peu de temps avant l'expiration de l'accord-cadre, d'une commande ou d'un marché sur une durée ou un volume important, non seulement pour éviter les abus, mais aussi pour empêcher que les entités adjudicatrices n'achètent des articles obsolètes ou excessivement chers. Si les fournisseurs ou entrepreneurs considèrent que les entités adjudicatrices utilisent des accords-cadres en dehors des limites prévues, leur participation future pourrait aussi s'en trouver compromise. L'efficacité de cette technique à long terme dépendra notamment de la viabilité commerciale des conditions pour les deux parties à l'accord.

28. L'alinéa b) du paragraphe 1 exige que les conditions de la passation de marché soient consignées dans l'accord-cadre (elles devront l'être également dans le dossier de sollicitation conformément à l'article 58 [**hyperlien**]). Ces conditions comprennent la description de l'objet du marché, qui doit satisfaire aux exigences de l'article 10 [**hyperlien**], et les critères d'évaluation conformément aux dispositions de l'article 11 [**hyperlien**]. (Pour des indications sur les critères d'évaluation dans les procédures d'accord-cadre, voir les paragraphes ** ci-dessous.) Ces conditions devraient également tenir compte des considérations sur lesquelles se fonde la décision de l'entité adjudicatrice concernant le type d'accord-cadre à choisir, comme examiné aux paragraphes ** du commentaire figurant dans l'introduction du présent chapitre [**hyperlien**]. Lorsque l'objet du marché est très technique, mais qu'il doit peut-être être adapté, une approche excessivement étroite de la rédaction de la description et le recours à des spécifications techniques détaillées peuvent limiter l'utilité de l'accord-cadre. En revanche, une description fonctionnelle peut accroître l'efficacité de cette procédure notamment en permettant de développer et de modifier les solutions techniques de manière à répondre au besoin précis de l'entité adjudicatrice au moment de la passation du marché. D'un autre côté, une description technique précise peut favoriser la concurrence lors de la première étape lorsqu'il n'y a pas de mise en concurrence à la deuxième étape, dans la mesure où les besoins ne sont pas appelés à évoluer. En outre, l'entité adjudicatrice doit veiller à ce que la description soit aussi exacte que possible à la fois à des fins de transparence et pour encourager la participation à la procédure, et les orientations mentionnées dans le commentaire figurant dans l'introduction du présent chapitre [**hyperlien**] peuvent faciliter ce processus.

29. L'alinéa c) du paragraphe 1 exige que l'accord-cadre comporte des estimations des conditions qui ne peuvent pas être établies de façon suffisamment précise au début de la procédure. Il s'agit généralement de conditions qui doivent être précisées ou établies lors de la mise en concurrence de la deuxième étape, telles que le moment, la fréquence et les quantités des achats prévus, ainsi que le prix du marché. Ces estimations doivent être mentionnées dans la mesure où elles sont connues (voir par. ** ci-dessus). Le fait de fournir les meilleures estimations disponibles, lorsque des engagements fermes ne sont pas possibles, encouragera également la participation. Il convient naturellement de consigner aussi les limites des estimations, ou d'indiquer qu'il n'est pas possible de fournir des estimations exactes (dans le cas de marchés à conclure dans des situations d'urgence, par exemple).

30. Il est possible que la valeur globale maximum ou minimum de l'accord-cadre soit connue, auquel cas elle devrait être divulguée dans l'accord lui-même, faute de quoi une estimation devrait être établie. Une autre possibilité, lorsque l'accord-cadre doit être utilisé par plusieurs entités adjudicatrices, consiste à autoriser chaque entité à fixer des valeurs maximales différentes en fonction de la nature et de l'obsolescence éventuelle des articles faisant l'objet du marché; il conviendra alors d'inclure les valeurs pertinentes pour chaque entité. Les valeurs maximales ou les valeurs annuelles peuvent être limitées par les procédures budgétaires propres à chaque État; si tel est le cas, le commentaire relatif à ces dispositions devrait indiquer d'autres sources de réglementation en détail.

31. Le prix du marché peut être établi ou non lors de la première étape. Lorsque l'objet du marché est soumis à des fluctuations de prix ou des fluctuations monétaires, ou lorsque la combinaison de prestataires de services peut varier, il peut être contre-productif d'essayer de fixer le prix du marché au début de la procédure. Une critique courante de ce type d'accords-cadres est que les prix des marchés ont tendance à être fixés en fonction de taux horaires, qui sont généralement assez élevés. Il conviendrait donc d'encourager, lorsque cela s'y prête, la fixation du prix par tâche ou par projet.

32. L'accord prévoit généralement que les fournisseurs ou entrepreneurs ne peuvent pas augmenter leurs prix ou réduire la qualité de leurs soumissions lors de la deuxième étape de la procédure, en raison des inconvénients commerciaux évidents et du manque de sécurité de l'approvisionnement qui en résulteraient; toutefois, sur certains marchés, où les fluctuations de prix sont la norme, l'accord-cadre peut à juste titre prévoir un mécanisme d'ajustement des prix pour suivre l'évolution du marché.

33. L'alinéa d) du paragraphe 1 exige que l'accord-cadre indique s'il comportera, lors de la deuxième étape, une mise en concurrence pour l'attribution des marchés, auquel cas il doit stipuler les conditions de cette mise en concurrence. Les sous-alinéas i) et ii) de cet alinéa exigent que l'accord-cadre fixe les règles de fond et les procédures de toute mise en concurrence lors de la deuxième étape. Les règles et procédures sont destinées à garantir une concurrence effective lors de cette étape: par exemple, tous les fournisseurs ou entrepreneurs parties à l'accord-cadre ont, en principe, le droit de participer à la deuxième étape, comme il est expliqué dans le commentaire de l'article 62 ci-dessous [**hyperlien**]. L'accord doit également mentionner la fréquence prévue de la mise en concurrence et les dates limites envisagées pour la présentation des soumissions lors de la deuxième étape – cette

information ne lie pas l'entité adjudicatrice, le but étant à la fois d'accroître la participation en fournissant aux entrepreneurs ou fournisseurs les meilleures informations disponibles et de favoriser une planification efficace de la passation des marchés.

34. L'effectivité de la concurrence lors de la deuxième étape dépendra surtout de la façon dont les critères d'évaluation seront définis et appliqués. Il faut trouver un équilibre entre des critères si rigides qu'il risquerait de ne plus y avoir en fait qu'un seul fournisseur ou entrepreneur lors de la deuxième étape, ce qui aura des conséquences négatives pour le rapport qualité-prix et l'efficacité administrative, et des critères si généraux ou si vagues que leurs coefficients de pondération et le processus pourront être manipulés au profit de certains fournisseurs ou entrepreneurs. Le sous-alinéa iii) de l'alinéa d) du paragraphe 1 prévoit donc que le coefficient de pondération à attribuer aux critères d'évaluation durant la mise en concurrence de la deuxième étape devrait être divulgué lors de la première étape. Toutefois, elles prévoient également une possibilité limitée de faire varier ou de préciser davantage les critères d'évaluation lors de la deuxième étape, compte tenu du fait que plusieurs acheteurs sont susceptibles d'utiliser un accord-cadre, avec des coefficients de pondération différents selon leurs propres critères d'évaluation, et que certains accords-cadres sont de longue durée. Cette souplesse est également utile pour les centrales d'achat et permet d'éviter l'impact négatif sur le rapport qualité-prix qu'aurait l'application d'une seule norme commune à tous les utilisateurs d'un accord-cadre.

35. Le mécanisme du sous-alinéa iii) prévoit donc la possibilité de faire varier les coefficients de pondération des critères d'évaluation lors de la deuxième étape dans une fourchette ou grille préétablie dans l'accord-cadre et dans le dossier de sollicitation. Cette souplesse est soumise aux conditions de l'article 63 [**hyperlien**], selon lesquelles cette variation doit être autorisée par l'accord-cadre mais ne peut en aucun cas entraîner une modification de la description de l'objet du marché. Ainsi, même si elle se situait dans les limites permises par l'accord-cadre, une variation ne serait pas acceptable si elle conduisait en fait à modifier la description de l'objet du marché (par exemple, si les exigences de qualité minimales étaient supprimées ou modifiées)[4].

36. La souplesse dans l'application des critères d'évaluation devrait être contrôlée de sorte qu'elle ne remplace pas une planification adéquate de la passation des marchés, n'incite pas les entités adjudicatrices à rechercher la facilité administrative dans leurs décisions en matière d'achats, n'encourage pas l'utilisation de critères généraux qui ne soient pas fondés sur une définition précise des besoins, et ne favorise pas l'attribution abusive de marchés à des fournisseurs ou entrepreneurs favorisés. Ces derniers points peuvent s'avérer d'autant plus importants lorsque la passation des marchés est sous-traitée à une centrale d'achat rémunérée, qui peut utiliser les accords-cadres pour générer des revenus (voir également l'examen de la sous-traitance aux paragraphes ** du commentaire figurant dans l'introduction du chapitre VII ci-dessus [**hyperlien**]). Les processus de contrôle peuvent contribuer à empêcher l'utilisation de critères d'évaluation relativement souples

---

[4] Le Groupe de travail voudra peut-être envisager de donner d'autres exemples pertinents afin de souligner que cette souplesse devrait être l'exception et non la règle. Dans ce cas, il lui est demandé de donner des orientations au Secrétariat.

dans les accords-cadres pour masquer des critères inappropriés fondés sur des accords ou des liens entre les entités adjudicatrices et les fournisseurs ou entrepreneurs, et à détecter les abus consistant à prédéterminer les résultats de la deuxième étape de manière à anéantir toute concurrence lors de la première étape. Ces risques sont élevés en cas d'achats récurrents. Une utilisation transparente de la souplesse et l'application d'une fourchette prédéterminée et préalablement communiquée facilitent les contrôles et permettent de respecter les exigences de la Convention des Nations Unies contre la corruption, à savoir l'établissement à l'avance des critères d'évaluation et leur publication (alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 9 de la Convention). Les États adoptants voudront peut-être prévoir, dans leur système de contrôle, l'examen de l'utilisation de divers critères d'évaluation, pour empêcher que la fourchette fixée dans l'accord-cadre ne soit tellement large qu'elle anéantit toutes les mesures de protection dans la pratique.

37. L'alinéa e) du paragraphe 1 dispose que l'accord-cadre doit également indiquer si l'attribution du ou des marchés sur le fondement de l'accord se fera à la soumission au prix le plus bas ou à la soumission la plus avantageuse (pour un examen de ces termes, voir le commentaire de ** ci-dessus [**hyperlien**]). Le critère d'attribution sera normalement, mais pas nécessairement, le même que pour la première étape; par exemple, l'entité adjudicatrice peut décider de retenir, parmi les soumissions des fournisseurs ou entrepreneurs les mieux classés à l'issue de la première étape (sélectionnés selon la soumission la plus avantageuse), la soumission conforme la plus basse qui répond aux conditions précises de l'invitation à participer à la deuxième étape. Si l'État adoptant a promulgué des lois sur la politique de la concurrence ou si les règlements relatifs à la passation des marchés comprennent des dispositions en la matière, les critères d'évaluation peuvent, sous réserve du respect des exigences normales de transparence, tenir compte de l'effet de la procédure de passation sur le marché pour l'objet concerné. Si les politiques socioéconomiques n'autorisent pas la rotation entre les fournisseurs ou entrepreneurs, elles peuvent néanmoins permettre la prise en considération, dans l'attribution des marchés, de la politique de la concurrence. S'agissant des politiques socioéconomiques, en général, voir la section ** du commentaire général à ** ci-dessus [**hyperlien**].

38. Le paragraphe 2 prévoit la possibilité limitée pour l'entité adjudicatrice de conclure un accord séparé avec chaque fournisseur ou entrepreneur partie à l'accord-cadre. Conformément aux principes généraux de transparence et de traitement juste et équitable, chaque fournisseur ou entrepreneur devrait être soumis aux mêmes conditions. Les exceptions sont donc limitées à des variations minimes, portant uniquement sur les dispositions qui justifient la conclusion d'accords séparés; ces justifications doivent être consignées au procès-verbal de la procédure de passation. On peut citer, à titre d'exemple, le cas où des accords séparés doivent être conclus pour protéger des droits de propriété incorporelle ou intellectuelle et pour tenir compte de conditions différentes en ce qui concerne l'octroi de licences, ou lorsque les fournisseurs ou entrepreneurs ont présenté des soumissions pour une partie du marché seulement. Les obligations contractuelles ne devraient toutefois pas différer selon les fournisseurs ou entrepreneurs parties à l'accord-cadre.

39. Le paragraphe 3 exige que l'accord-cadre contienne, outre les renseignements mentionnés précédemment, toutes les informations nécessaires à son bon fonctionnement. L'objectif est également d'assurer la transparence et la prévisibilité

du processus. Ces informations peuvent concerner, par exemple, des aspects techniques tels que les spécifications de connexion à un site Web si l'accord fonctionne électroniquement, un logiciel particulier, les caractéristiques techniques et, le cas échéant, la capacité. Ces exigences peuvent être complétées par des règlements détaillés pour éviter que la technologie utilisée par l'entité adjudicatrice n'entrave l'accès à la partie concernée de la passation de marché, conformément aux principes énoncés à l'article 7 [**hyperlien**] (voir le commentaire de cet article au ** ci-dessus [**hyperlien**]).

40. Dans les accords-cadres à fournisseurs multiples, chaque fournisseur ou entrepreneur partie voudra connaître l'étendue de son engagement à la fois dès le début et périodiquement pendant la durée de l'accord-cadre (par exemple après qu'un achat a été effectué au titre de l'accord). Les États adoptants souhaiteront donc peut-être encourager les entités adjudicatrices à informer les fournisseurs ou entrepreneurs de la portée de leur engagement.

## A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.17 (Original: anglais)

## Note du Secrétariat concernant le Guide révisé pour l'incorporation qui accompagnera la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa vingt et unième session

ADDITIF

Le présent additif contient une proposition concernant le texte du Guide qui accompagnera les articles 60 à 63 du chapitre VII (Procédures d'accords-cadres) de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

# GUIDE POUR L'INCORPORATION DANS LE DROIT INTERNE DE LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LA PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS

…

## B. Dispositions concernant les procédures d'accords-cadres (*suite*)

### Article 60. Établissement d'un accord-cadre ouvert[1]

1. L'article définit les modalités de la première étape de la procédure d'accord-cadre ouvert. Alors que les accords-cadres fermés sont conclus à l'aide d'une méthode de passation prévue au chapitre III, IV ou V de la Loi type, [**hyperliens**], la procédure d'accord-cadre ouvert est autonome, le présent article prévoyant les modalités qui la régissent. L'accord-cadre ouvert est décrit aux paragraphes ** du commentaire figurant dans l'introduction du présent chapitre [**hyperlien**], et le commentaire se rapportant au présent article et à l'article suivant de la Loi type renvoie à cette description lorsque cela est nécessaire.

2. Le paragraphe 1 exige que l'accord-cadre soit établi et géré en ligne. Cette disposition constitue une rare exception au principe de neutralité technologique qui sous-tend les dispositions de la Loi type. Elle se justifie par le fait que toute tentative de gérer un accord-cadre ouvert sur support papier traditionnel compromettrait l'efficacité administrative qui se trouve au cœur de la procédure d'accord-cadre ouvert, car celle-ci repose sur l'utilisation de moyens électroniques de communication par Internet. La procédure suppose une possibilité de passation

---

[1] Le Groupe de travail souhaitera peut-être déterminer si les accords-cadres ouverts se prêtent à l'utilisation de catalogues électroniques et comment ils pourraient fonctionner comme base pour les demandes de prix. Bien que les catalogues électroniques soient de plus en plus utilisés comme méthode de passation, la Loi type ne contient aucune disposition en autorisant expressément l'utilisation dans le cas d'un accord-cadre. S'il est jugé souhaitable d'inclure un commentaire sur ces questions, le Secrétariat aurait besoin d'orientations adéquates sur son contenu.

ouverte en permanence sur le Web, que les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent consulter à tout moment pour déterminer s'ils souhaitent participer aux marchés envisagés, sans imposer nécessairement un lourd travail administratif pour la communication d'informations particulières à ces fournisseurs ou entrepreneurs, qui par voie de conséquence allongerait les délais de réponse, comme il est expliqué plus loin aux paragraphes ... . L'objectif est que les réponses aux possibilités et aux demandes de participation soient adressées dans des délais que seule une passation en ligne permet d'envisager.

3. Le paragraphe 2 prévoit le mécanisme à utiliser pour solliciter la participation à la procédure d'accord-cadre ouvert. Il applique les dispositions de l'article 33 [**hyperlien**] par renvoi; il va de soi que la sollicitation tendant à inviter les fournisseurs et entrepreneurs à devenir parties à un accord-cadre ouvert doit elle-même être ouverte. Elle doit également être internationale, à moins que les exceptions mentionnées à l'article 33-4 [**hyperlien**] et l'article 8 [**hyperlien**], par renvoi, ne s'appliquent (on trouvera le commentaire y relatif au ** plus haut [**hyperlien**]). Il est recommandé que l'invitation soit également disponible en permanence sur le site Web qui sera utilisé pour gérer l'accord-cadre (voir aussi le commentaire de l'article 61-2 [**hyperlien**] ci-dessous, concernant la publicité permanente et les mécanismes de transparence, notamment la republication régulière de l'invitation initiale).

4. Le paragraphe 3 énumère les informations devant figurer dans l'invitation à participer à la procédure. Il reprend les exigences formulées pour la teneur de l'invitation à soumettre des offres dans la procédure d'appel d'offres ouvert, avec toutefois quelques modifications nécessaires pour s'adapter au contexte de l'accord-cadre ouvert. Les dispositions reprennent également, dans la mesure du possible, celles qui s'appliquent aux accords-cadres fermés. On consultera donc le commentaire sur la sollicitation dans les accords-cadres fermés qui concerne les dispositions équivalentes à celles du paragraphe 3 b) et 3 e) (l'alinéa b) vise à montrer clairement qu'il s'agit d'une procédure d'accord-cadre ouvert) ainsi que le commentaire sur la sollicitation dans la procédure d'appel d'offres ouvert qui concerne les dispositions équivalentes à celles du paragraphe 3 d) i), 3 f) et 3 g). Les paragraphes qui suivent contiennent des commentaires sur les questions spécifiques aux procédures d'accords-cadres ouverts.

5. L'alinéa a) du paragraphe 3 exige que l'invitation mentionne le nom et l'adresse des entités adjudicatrices qui seront parties à l'accord-cadre ouvert ou qui seront autorisées à passer des commandes (autrement dit, à attribuer des marchés) sur le fondement de l'accord-cadre[2]. La disposition est donc souple en ce qu'elle permet aux entités adjudicatrices de se regrouper pour accroître leur pouvoir d'achat et qu'elle autorise également le recours à des centrales d'achat. Toutefois, l'accord-cadre n'est pas ouvert à de nouveaux acheteurs. Cette souplesse et cette restriction se justifient toutes deux par le souci d'assurer une transparence suffisante et de favoriser un bon rapport qualité-prix: les fournisseurs ou entrepreneurs ont besoin de savoir qui sont les entités adjudicatrices autorisées à passer des marchés, si l'on veut les encourager à participer et à présenter des soumissions répondant aux

---

[2] Ce commentaire illustre les observations formulées lorsque le Groupe de travail examinait les dispositions de la Loi type. Le Secrétariat demande des orientations sur la façon dont cette souplesse pourrait fonctionner en pratique.

besoins des entités et si l'on veut garantir l'efficacité de la procédure. Par ailleurs, les règles régissant la formation des contrats varieront d'un État à l'autre; il se peut que certains États n'autorisent les entités adjudicatrices à se joindre à l'accord-cadre que moyennant une procédure administrative importante, telle que la novation. La disposition devrait être lue conjointement avec la définition du terme "entité adjudicatrice", à l'article 2-l, d'après laquelle plusieurs acheteurs dans une passation déterminée peuvent être l'"entité adjudicatrice" pour cette passation. Dans le contexte des accords-cadres, l'entité qui attribue un marché est par définition l'entité adjudicatrice pour la passation considérée; l'accord-cadre lui-même envisage plusieurs acheteurs potentiels lors de la deuxième étape. Cependant, une seule entité sera chargée d'établir et de gérer l'accord-cadre et elle aura qualité d'"entité adjudicatrice" à cette fin, comme le prévoit le paragraphe 3 a).

6. L'alinéa c) du paragraphe 3 exige que les langues de l'accord-cadre soient indiquées dans l'invitation et prévoit d'autres mesures destinées à promouvoir la transparence et donc à améliorer l'accès à l'accord-cadre, une fois que celui-ci a été conclu. Il faudrait que le site Web utilisé pour gérer l'accord-cadre ouvert soit facile à localiser. Il s'agit là d'un exemple de considérations générales concernant la transparence effective dans le contexte de la passation électronique des marchés (voir le commentaire sur la passation électronique des marchés dans la section ** du commentaire général ci-dessus [**hyperlien**]). L'invitation doit également préciser toutes modalités particulières d'accès à l'accord-cadre; on trouvera dans le commentaire de l'article 7 ci-dessus [**hyperlien**] des indications sur la façon d'assurer un accès effectif à la passation.

7. L'alinéa d) du paragraphe 3 contient plusieurs dispositions d'application générale ainsi que des dispositions concernant uniquement les procédures d'accords-cadres. Elles forment ensemble les conditions d'admission des fournisseurs ou entrepreneurs à l'accord-cadre. Le sous-alinéa i) exige que l'invitation contienne la déclaration standard indiquant si la participation sera restreinte sur la base de la nationalité dans les cas limités prévus à l'article 8. [**hyperlien**]. Le sous-alinéa ii) est une disposition facultative (qui de ce fait figure entre crochets) autorisant la fixation d'un nombre maximum de fournisseurs ou d'entrepreneurs parties à l'accord-cadre. La note de bas de page qui accompagne cette disposition précise que les États n'ont pas besoin d'adopter cette dernière si les contraintes techniques locales ne l'exigent pas. La disposition devrait en tout état de cause être lue conjointement avec le paragraphe 7 de l'article, qui en limite l'application (comme l'explique le commentaire de ce paragraphe plus loin), ce qui permet d'offrir des garanties essentielles contre tout abus et toutes conséquences indésirables. Le sous-alinéa exige que soient divulgués la procédure non discriminatoire et les critères appliqués pour sélectionner ce nombre maximum. Afin de sélectionner les participants de façon objective, l'entité adjudicatrice peut recourir à plusieurs techniques, comme expliqué plus avant dans le commentaire figurant dans l'introduction du chapitre IV, telles que la sélection aléatoire, le tirage aléatoire ou l'approche du premier arrivé, premier servi [**hyperlien**], ou bien elle peut appliquer d'autres critères permettant de différencier les enchérisseurs, à condition qu'ils ne soient pas discriminatoires[3]. Cette approche relativement

[3] Le Groupe de travail souhaitera peut-être déterminer si les dispositions de cet article confèrent une plus grande souplesse que celles du chapitre IV sur les méthodes de passation, comme l'indique ce commentaire.

informelle traduit le fait que, lorsqu'il y a un nombre suffisant de participants, le marché sera suffisamment homogène pour que les meilleures offres du marché puissent être soumises.

8. Le sous-alinéa iii) traite de la manière dont doivent être présentées et évaluées les demandes d'admission à l'accord-cadre. Il exige les mêmes éléments d'information que ceux requis à l'article 39 [**hyperlien**] pour la procédure d'appel d'offres. La disposition parle de "soumissions indicatives" pour montrer que l'accord-cadre ouvert comportera toujours une mise en concurrence lors de la deuxième étape, de sorte que les soumissions initiales sont simplement indicatives, comme le laisse entendre leur nom. En outre, alors que les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs sont évaluées et que leurs soumissions sont examinées par rapport à la description fournie pour en déterminer la conformité (voir paragraphes 5 et 6 de l'article), les soumissions indicatives ne sont nullement évaluées (en d'autres termes, elles ne font pas l'objet d'une comparaison entre elles, telle que celle prévue à l'article 43 [**hyperlien**]), ce qui n'est pas le cas des soumissions initiales dans les accords-cadres fermés. De même, contrairement aux accords-cadres fermés et comme l'explique plus bas le commentaire se rapportant au paragraphe 6 de l'article, tous les fournisseurs ou entrepreneurs présentant des soumissions conformes sont admissibles à l'accord-cadre, à condition qu'ils aient les qualifications requises.

9. Le sous-alinéa iv) exige de préciser dans l'invitation que tous nouveaux fournisseurs ou entrepreneurs peuvent se joindre à l'accord-cadre à tout moment pendant toute sa durée (voir paragraphe 4 de l'article pour les conditions de fond auxquelles ils doivent satisfaire), à moins que le nombre maximum indiqué de fournisseurs ou d'entrepreneurs parties à l'accord-cadre ne soit dépassé et sauf si les fournisseurs ou entrepreneurs potentiels sont exclus du fait des limites imposées à la participation en vertu de l'article 8 de la Loi type [**hyperlien**]. L'invitation devrait également mentionner les limites imposées aux nouveaux participants (qui pourraient découler de limites de capacité, ainsi qu'il est décrit plus haut, ou résulter de l'application de l'article 8 de la Loi type), ainsi que toutes autres exigences concernant, par exemple, les qualifications des parties à l'accord et la conformité de leurs soumissions indicatives.

10. L'alinéa f) du paragraphe 3 exige que toutes les conditions de l'accord-cadre (qui sont elles-mêmes régies par l'article 61 [**hyperlien**]) soient énoncées dans l'invitation. Elles comprennent notamment la description de l'objet du marché et les critères d'évaluation. Elles sont examinées dans le commentaire se rapportant à l'article 61 [**hyperlien**] plus bas.

11. Le paragraphe 4 énonce une exigence fondamentale selon laquelle l'accord-cadre est ouvert à de nouveaux fournisseurs ou entrepreneurs tout au long de sa durée d'application. Comme indiqué aux paragraphes ** du commentaire dans l'introduction du présent chapitre, cette disposition est l'une des principales caractéristiques des accords-cadres ouverts.

12. Le paragraphe 5 prévoit que les soumissions indicatives reçues après l'établissement de l'accord-cadre doivent être examinées rapidement, afin que l'accord-cadre reste effectivement ouvert à de nouvelles parties; cette caractéristique est essentielle dans le contexte d'un accord-cadre ouvert en ligne, qui peut être destiné à des achats réguliers portant sur de faibles quantités.

Conformément au paragraphe 6, toutes les soumissions conformes présentées par des fournisseurs ou entrepreneurs qualifiés doivent être acceptées et ces fournisseurs ou entrepreneurs admis à l'accord-cadre, sous réserve des limites de capacité justifiant leur rejet qui peuvent être imposées conformément aux paragraphes 3 d) ii) et 7 et qui seraient spécifiées dans l'invitation à devenir partie à l'accord, ou d'autres restrictions (en cas de passation de marchés nationaux, par exemple; voir le commentaire pertinent ci-dessus).

13. Le paragraphe 7 est lié au paragraphe 3 d) ii). Tous deux figurent entre crochets, car il s'agit de dispositions facultatives que les États adoptants peuvent envisager d'incorporer dans la loi. Ils permettent d'imposer un nombre maximum de fournisseurs ou d'entrepreneurs pouvant être parties à un accord-cadre en raison de contraintes techniques. Outre les considérations liées aux dispositions similaires applicables dans le contexte des enchères électroniques inversées (voir le commentaire de l'article 53-1 k) et 2 au ** ci-dessus [**hyperlien**]), les États adoptants devraient tenir compte d'autres considérations lorsqu'ils envisagent d'adopter ces dispositions. La principale différence entre les accords-cadres fermés et les accords-cadres ouverts étant que ces derniers restent ouverts à de nouveaux fournisseurs ou entrepreneurs tout au long de leur durée d'application, toute limitation du nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs parties peut en fait les convertir en accords-cadres fermés. Cette situation peut être aggravée du fait que les avantages d'un ensemble fluctuant de fournisseurs ou d'entrepreneurs risquent d'être anéantis si les fournisseurs ou entrepreneurs qui ne participent plus à la mise en concurrence de la deuxième étape restent, d'un point de vue technique, parties à l'accord-cadre et empêchent l'admission de nouvelles parties. Le paragraphe 7 n'autorise donc la limitation du nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs que si les capacités techniques limitent l'accès aux systèmes concernés (par exemple, le logiciel utilisé pour l'accord-cadre n'accepte qu'un nombre limité de participants). Toutefois, les États adoptants devraient savoir que ces problèmes de limites de capacité diminuent rapidement et que cette disposition risque sous peu de devenir obsolète.

14. Même si le nombre maximum, éventuellement nécessaire, de fournisseurs ou d'entrepreneurs sera probablement raisonnable, l'entité adjudicatrice doit rester objective dans la manière de les sélectionner. Voir également le commentaire concernant l'objectivité aux paragraphes ** ci-dessus, et le commentaire dans l'introduction du chapitre IV [**hyperlien**]. Les règlements en matière de passation des marchés, ou les autres règles applicables, devraient fournir aux entités adjudicatrices des orientations sur ces questions (en indiquant notamment le risque, fût-il limité, d'une contestation en vertu du chapitre VIII [**hyperlien**]).

15. Les États adoptants remarqueront que le présent article ne prévoit aucune évaluation des soumissions indicatives. En raison de la nature des accords-cadres ouverts ainsi que l'explique le paragraphe ** ci-dessus, toutes les soumissions conformes reçues de fournisseurs ou d'entrepreneurs qualifiés sont acceptées. Comme l'explique aussi le commentaire de l'article 62 [**hyperlien**] ci-dessous, la concurrence sur les prix fait largement défaut lors de la première étape, si bien qu'il est essentiel d'assurer une concurrence effective lors de la deuxième étape.

16. Les dispositions du paragraphe 8 visent à assurer la transparence de la prise de décision et à permettre à un fournisseur ou entrepreneur, s'il le souhaite, de contester la décision de l'entité adjudicatrice de ne pas l'admettre à la procédure

d'accord-cadre. L'inclusion de ces dispositions dans le contexte des accords-cadres ouverts est justifiée car les garanties fournies par la notification relative au délai d'attente ne s'appliqueraient pas aux soumissions indicatives mais seulement aux soumissions présentées en réponse à des commandes particulières passées au titre de l'accord (soumissions présentées lors de la deuxième étape). Il est donc essentiel pour le fournisseur ou l'entrepreneur de savoir s'il est partie à l'accord, sans quoi il ne pourrait pas être informé des commandes passées au titre de l'accord et présenter des soumissions lors de la deuxième étape. Toutefois, en cas de contestation de la décision de l'entité adjudicatrice, les considérations de principe s'agissant de retarder l'exécution d'un marché pour permettre un recours efficace ou d'en autoriser la conclusion sont différentes dans le contexte des accords-cadres ouverts (les considérations de principe générales sont énoncées dans le commentaire de l'article 22 ci-dessus [**hyperlien**]). Dans le cas des accords-cadres ouverts, tout fournisseur ou entrepreneur lésé dont la soumission a été rejetée comme étant non conforme ou qui n'a pas été admis pour cause de disqualification pourra être admis à l'accord-cadre pour de futures commandes si sa contestation est reconnue valide; il a été estimé que le préjudice causé au fournisseur ou à l'entrepreneur du fait que sa participation était retardée ne l'emportait probablement pas sur l'intérêt qu'il y avait à autoriser la conclusion d'un nombre – de fait – limité de marchés au titre de l'accord-cadre ouvert.

**Article 61. Prescriptions concernant les accords-cadres ouverts**

17. Cet article, qui fait pendant à l'article 59 [**hyperlien**] sur les accords-cadres fermés, régit les conditions des accords-cadres ouverts et de l'attribution des marchés sur le fondement de ces accords. Comme pour les accords-cadres fermés, la loi de l'État adoptant traitera de questions telles que la force obligatoire de l'accord en droit des contrats; c'est pourquoi elles ne sont pas traitées dans la Loi type. Les fournisseurs ou entrepreneurs qui deviennent parties à l'accord-cadre après que ce dernier a été initialement conclu devront être liés par les conditions énoncées dans celui-ci; ils peuvent être liés automatiquement lorsqu'ils deviennent parties à l'accord, mais les États adoptants devraient s'assurer que la loi prévoit des dispositions appropriées à cet égard.

18. Le paragraphe 1 exige une mise en concurrence lors de la deuxième étape de la procédure pour l'attribution des marchés sur le fondement de l'accord-cadre ouvert. Les alinéas c) à f) énoncent les conditions et modalités de cette mise en concurrence. Elles sont similaires aux dispositions du paragraphe 1 d) de l'article 59 [**hyperlien**], dont on trouvera le commentaire aux paragraphes ** ci-dessus [**hyperlien**]. Les différences tiennent à la nature de l'objet du marché acquis au moyen d'un accord-cadre ouvert (articles simples et normalisés, comme expliqué au ** ci-dessus [**hyperlien**]).

19. L'alinéa a) du paragraphe 1 prévoit que la durée de l'accord-cadre doit être mentionnée dans l'accord même. À la différence des dispositions qui régissent les accords-cadres fermés, il ne contient pas de référence à une durée maximale imposée par les règlements en matière de passation des marchés: le fait que l'accord est ouvert à de nouveaux fournisseurs ou entrepreneurs tout au long de sa durée d'application réduit les risques que la concurrence soit étouffée comme décrit dans le contexte des accords-cadres fermés au paragraphe ** ci-dessus [**hyperlien**]. Toutefois, pour tenir compte des nouvelles technologies et solutions, et pour éviter

toute obsolescence, la durée de l'accord-cadre ouvert ne devrait pas être excessive et devrait être évaluée en fonction de l'objet du marché envisagé. (Voir également les indications générales fournies au paragraphe ** ci-dessus concernant l'importance d'examiner périodiquement si l'accord-cadre continue de tenir compte de ce qui est actuellement disponible sur le marché visé.) En outre, les fournisseurs ou entrepreneurs pourraient hésiter à participer à un accord d'une durée illimitée.

20. L'alinéa b) du paragraphe 1 dispose que l'accord-cadre ouvert doit mentionner les conditions de la passation de marché connues au moment de l'établissement de l'accord (qui, en vertu de l'article 60 [**hyperlien**] auront été indiquées dans l'invitation à devenir partie à l'accord-cadre ouvert). Cette disposition est semblable à celle de l'article 59-1 b) [**hyperlien**] sur les accords-cadres fermés mais, comme indiqué ci-dessus, certaines différences se justifient par la nature de l'objet du marché envisagé dans l'accord-cadre ouvert. La nature de l'objet du marché n'exigerait pas en effet que les conditions de la passation soient établies lors de la deuxième étape mais seulement que les conditions déjà établies soient précisées, par exemple en ce qui concerne la quantité, le lieu et le délai de livraison. Même si, en raison de la nature des accords-cadres ouverts, on peut penser que la description de la passation sera formulée en des termes fonctionnels et généraux de sorte que l'énoncé des besoins de l'entité adjudicatrice puisse être précisé lors de la deuxième étape, il importe que cette description ne soit pas générale au point que l'accord-cadre ouvert devienne une simple liste de fournisseurs. Dans ce cas, la ou les entités adjudicatrices qui utilisent l'accord-cadre seraient tenues de réaliser ou de répéter certains actes de la procédure de passation lors de la deuxième étape (réexamen complet des qualifications et de la conformité et évaluation des soumissions présentées lors de la deuxième étape), ce qui compromettrait l'efficacité de la procédure. En outre, les changements pouvant être apportés lors de la deuxième étape aux conditions initiales de la sollicitation sont soumis aux limitations de l'article 63 [**hyperlien**]. Néanmoins, une souplesse suffisante est nécessaire pour tenir compte des changements apportés au cadre réglementaire, notamment en ce qui concerne les exigences environnementales ou de durabilité.

21. Le paragraphe 2 prévoit que l'invitation à devenir partie à l'accord-cadre ouvert doit être republiée régulièrement. Elle doit être publiée au moins une fois par an au même endroit que l'invitation initiale. Néanmoins, les États adoptants peuvent estimer qu'une publication plus fréquente encouragera une plus grande participation et une plus grande concurrence. La gestion électronique de l'accord-cadre ouvert suppose que la publication se fait uniquement en ligne, y compris lors de la première étape visée à l'article 33[4], ce qui permet de maintenir les coûts de publication à un niveau raisonnable. L'invitation doit comporter toutes les informations nécessaires au fonctionnement de l'accord-cadre (notamment le site Web et tous renseignements techniques utiles). Le paragraphe prévoit également que l'entité adjudicatrice doit garantir l'accès libre, direct et complet aux conditions de l'accord; comme l'accord-cadre fonctionne en ligne, ces informations doivent être disponibles sur le site Web indiqué dans l'invitation. Doivent également y être mentionnés les noms de tous les fournisseurs ou entrepreneurs parties et, comme

---

[4] Le Secrétariat demande des orientations pour savoir si cette interprétation est correcte ou si, une fois l'accord-cadre ouvert établi, on peut aussi exiger que l'avis de passation soit publié sur un support papier, si un tel support est encore généralement utilisé à cet effet dans l'État adoptant concerné.

noté ci-dessus, toutes les entités adjudicatrices qui peuvent utiliser l'accord-cadre. Les mises en concurrence lors de la deuxième étape doivent également être annoncées sur le site Web comme expliqué aux paragraphes ... ci-dessous.

**Article 62. Deuxième étape d'une procédure d'accord-cadre**

22. Cet article régit la mise en concurrence lors de la deuxième étape tant des accords-cadres fermés que des accords-cadres ouverts. Certaines dispositions, notamment celles du paragraphe 3, visent à tenir compte des différences dans l'attribution des marchés sur le fondement d'accords-cadres fermés ne comportant pas de mise en concurrence lors de la deuxième étape et sur le fondement d'accords-cadres fermés comportant une telle mise en concurrence.

23. Comme noté au paragraphe 1, l'accord-cadre énonce les critères fondamentaux et certaines procédures régissant l'attribution des marchés sur le fondement de l'accord. Les dispositions de cet article définissent les autres éléments des procédures d'attribution. Une transparence totale est donc exigée tant pour les critères d'attribution que pour les procédures elles-mêmes.

24. Les procédures ont pour objet de garantir une concurrence effective lors de la deuxième étape, tout en évitant des prescriptions excessives et longues à mettre en œuvre qui compromettraient l'efficacité de la procédure d'accord-cadre. Ces considérations sont particulièrement importantes dans le contexte des accords-cadres ouverts, dans lesquels des soumissions indicatives et non initiales sont présentées lors de la première étape mais ne font pas l'objet d'une évaluation.

25. Le paragraphe 2 prévoit qu'un marché ne peut être attribué qu'à un fournisseur ou entrepreneur partie à l'accord-cadre. Cette disposition peut paraître évidente pour les accords-cadres fermés, mais dans le contexte des accords-cadres ouverts, elle souligne l'importance d'un examen rapide des demandes de participation à l'accord-cadre et l'utilité de mises en concurrence relativement fréquentes et avec un nombre de participants raisonnable lors de la deuxième étape afin de tirer parti d'un marché compétitif et dynamique. Dans la pratique, une mise en concurrence lors de la deuxième étape sera probablement annoncée sur le site Web de l'accord-cadre, avec un délai relativement court pour la présentation des soumissions finales. Les nouveaux participants voudront peut-être présenter leurs soumissions indicatives à temps pour être pris en considération en vue de la deuxième étape, mais ne pourront peut-être que participer aux mises en concurrence ultérieures. L'interaction entre les délais de présentation des soumissions finales, le temps nécessaire pour évaluer les soumissions indicatives et la fréquence et l'ampleur des mises en concurrence lors de la deuxième étape devraient être soigneusement étudiés lors de la gestion de l'accord-cadre.

26. Le paragraphe 3 indique que l'article 22 sur l'attribution des marchés s'applique aux accords-cadres fermés sans mise en concurrence lors de la deuxième étape, sauf en ce qui concerne le délai d'attente prévu au paragraphe 2 de cet article[5].

27. Le paragraphe 4 énonce les procédures de mise en concurrence lors de la deuxième étape. L'alinéa a) prévoit qu'une invitation à concourir doit être adressée

---

[5] Il est demandé au Groupe de travail d'expliquer cette décision, explication qui devra également être insérée dans le commentaire de l'article 22-3 a).

à chaque fournisseur ou entrepreneur partie à l'accord-cadre, ou seulement à chaque partie à l'accord-cadre qui est alors capable de répondre aux besoins de l'entité adjudicatrice concernant l'objet du marché. Cette invitation est adressée conformément aux conditions de l'accord-cadre, qui peuvent par exemple prévoir l'envoi automatisé d'invitations pour des raisons d'efficacité. La meilleure pratique est également de publier une copie de l'invitation sur le site Web de l'accord-cadre, ce qui peut en outre encourager de nouveaux fournisseurs ou entrepreneurs à participer, dans la mesure du possible, à la procédure (à savoir dans les accords-cadres ouverts). Le recours à des avis électroniques réduit les coûts au minimum, et les progrès faits au fil du temps dans les méthodes de communication peuvent offrir des possibilités d'annoncer plus largement la mise en concurrence de la deuxième étape sans coûts supplémentaires.

28. Les dispositions de l'alinéa a) exigent que soient invités tous les fournisseurs ou entrepreneurs parties à l'accord-cadre ou, lorsqu'il convient, seuls ceux qui sont "capables" de répondre aux besoins de l'entité adjudicatrice. Cette dernière disposition devrait être interprétée dans un sens très étroit, à la lumière des conditions de l'accord-cadre et des conditions des soumissions initiales ou indicatives, pour ne pas laisser une trop grande latitude à l'entité adjudicatrice quant au groupe de fournisseurs ou d'entrepreneurs à inviter, dans la mesure où cette latitude peut donner lieu à des abus comme le favoritisme. Par exemple, l'accord-cadre peut permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs de fournir jusqu'à certaines quantités (dans chaque mise en concurrence ou de manière générale); les soumissions initiales ou indicatives peuvent montrer que certains fournisseurs ou entrepreneurs ne peuvent pas proposer certaines combinaisons requises ou répondre à certaines exigences qualitatives. L'évaluation des fournisseurs ou entrepreneurs qui sont "capables" de répondre aux besoins de l'entité adjudicatrice est donc objective; tous les fournisseurs ou entrepreneurs qui sont parties à l'accord doivent être présumés capables sauf si l'accord-cadre ou leurs soumissions initiales ou indicatives indiquent le contraire. Cette disposition a deux objectifs: premièrement, éviter les abus dans l'attribution des marchés pour empêcher que certains fournisseurs ou entrepreneurs ne soient favorisés et, deuxièmement, limiter les soumissions à celles des fournisseurs ou entrepreneurs qui sont capables de répondre aux besoins pour en améliorer l'efficacité. L'entité adjudicatrice devrait expliquer dans le procès-verbal de la procédure pourquoi des fournisseurs ou entrepreneurs parties à l'accord n'ont pas été invités à participer à la mise en concurrence lors de la deuxième étape; la publication de l'invitation sur le site Web permettra aux exclus de contester la décision. S'il est vrai que cette publication n'est pas obligatoire selon la Loi type, elle devrait contribuer à éviter des contestations tardives; de la même façon, les règles ou orientations destinées aux organismes publics de passation de marché ou aux instances similaires devraient indiquer que l'entité adjudicatrice peut éviter de nombreuses contestations concernant son évaluation de la capacité des fournisseurs ou entrepreneurs de fournir l'objet du marché, si l'accord-cadre énonce clairement les procédures et critères qui détermineront précisément quels fournisseurs ou entrepreneurs seront jugés capables de répondre à ses besoins. Ces garanties et ces orientations sont jugées essentielles pour assurer une concurrence effective lors de la deuxième étape, car l'expérience de l'utilisation des accords-cadres montre que cette étape de la procédure est vulnérable en ce qui concerne la participation et la concurrence. La vulnérabilité est d'autant plus grande que les dispositions relatives au délai d'attente

(article 22-2 [**hyperlien**]) ne s'appliqueront dans le contexte des accords-cadres avec mise en concurrence lors de la deuxième étape qu'aux fournisseurs ou entrepreneurs ayant présenté des soumissions lors de la deuxième étape (mais non à toutes les parties à l'accord).

29. L'alinéa b) du paragraphe 4 régit le contenu de l'invitation à participer à la deuxième étape. Les sous-alinéas iii) à xi) reprennent les dispositions de l'article 39 [**hyperlien**] sur la teneur du dossier de sollicitation, dont le commentaire se trouve ci-dessus dans la section ** [**hyperlien**]. Dans le contexte des accords-cadres, il est important de fixer un délai approprié pour la présentation des soumissions: s'agissant des accords-cadres ouverts, par exemple, le délai peut être de plusieurs heures ou d'une journée environ. Autrement, l'efficacité administrative de la procédure sera compromise et les entités adjudicatrices n'auront pas recours à cette technique. Pour déterminer le délai de présentation des soumissions lors de la deuxième étape à compter de l'invitation, il faudrait examiner quelle serait la durée suffisante pour préparer les soumissions en l'espèce (plus l'objet du marché est simple, plus le délai sera court). D'autres éléments à prendre en considération sont, notamment, la question de savoir comment fixer un délai minimum qui permette de contester les conditions de la sollicitation. En tout état de cause, le délai tiendra compte des besoins raisonnables de l'entité adjudicatrice, comme le prévoit expressément l'article 14-2 de la Loi type [**hyperlien**], qui peuvent dans des conditions limitées prévaloir sur les autres considérations, par exemple en cas d'urgence extrême suite à une catastrophe. (Voir aussi les considérations y relatives au paragraphe ** ci-dessus.)

30. Les États adoptants remarqueront toutefois que la publication d'un avis général de mise en concurrence lors de la deuxième étape n'est pas exigée, car il est présumé qu'une invitation ouverte aura été publiée pendant la première étape de la procédure d'accord-cadre, étant donné que la règle par défaut en vertu des articles 28 [**hyperlien**] et 58-1 [**hyperlien**] est de recourir à l'appel d'offres ouvert et qu'il vaut mieux ne pas imposer trop de mesures procédurales qui mettraient en péril l'efficacité du processus. Cette présomption peut toutefois être réfutée lorsque d'autres méthodes de passation impliquant une sollicitation directe sont utilisées pour l'attribution de l'accord-cadre. Un préavis de commande adressé à toutes les parties à l'accord-cadre devrait être considéré comme une garantie essentielle contre les abus; ce préavis permettrait d'aligner les garanties dans le contexte des accords-cadres sur celles applicables par exemple aux procédures d'appel d'offres restreint (dans lesquelles un préavis de passation doit être publié conformément à l'article 34-5 de la Loi type), et sur celles applicables à d'autres méthodes impliquant une sollicitation directe [**hyperlien**]. Comme indiqué plus haut, ce préavis permet aux fournisseurs ou entrepreneurs de contester leur exclusion de la procédure de passation, par exemple lorsque l'entité adjudicatrice est partie du principe que le fournisseur ou l'entrepreneur, auteur de la contestation, ne faisait pas partie du nombre limité de fournisseurs ou d'entrepreneurs capables de fournir l'objet du marché en question lors de la deuxième étape. Les États adoptants sont donc encouragés à envisager de prévoir dans leurs règlements en matière de passation des marchés une exigence de préavis, ou à recommander un tel préavis dans d'autres règles ou orientations.

31. Le sous-alinéa i) prévoit que les informations définissant le champ de la mise en concurrence lors de la deuxième étape doivent figurer dans l'invitation. Il s'agit

là d'une exigence vitale pour la transparence. Lorsque l'invitation est adressée par voie électronique (ce qui doit être le cas, par exemple, dans le contexte des accords-cadres ouverts), les entités adjudicatrices voudront peut-être y inclure le rappel exigé des conditions existantes de l'accord-cadre au moyen d'un hyperlien (renvoi), sous réserve de tenir le lien dûment à jour. L'invitation doit également comporter les conditions de la passation qui feront l'objet de la mise en concurrence et donner des précisions supplémentaires sur ces conditions si nécessaire. Cette disposition devrait être lue conjointement avec les articles 59-1 d) i) [**hyperlien**] et 61-1 c) [**hyperlien**], qui prévoient que l'accord-cadre doit énoncer les conditions qui peuvent être établies ou précisées lors de la mise en concurrence. La possibilité de préciser ainsi les conditions est limitée par application de l'article 63 [**hyperlien**], qui dispose qu'aucune modification de la description de l'objet du marché régie par l'article 10 n'est permise et que toute autre modification ne peut être apportée que dans la mesure autorisée par l'accord-cadre. Lorsque des modifications doivent être apportées aux produits ou que des alternatives techniques sont nécessaires, elles devraient être annoncées dans l'accord-cadre lui-même, qui devrait également exprimer les besoins de manière suffisamment souple et fonctionnelle (dans les limites de l'article 10 [**hyperlien**]) pour permettre ces modifications. Les autres conditions pouvant être précisées sont notamment les combinaisons de composants (dans le cadre de la description générale), les garanties et les délais de livraison. Le souci de trouver un équilibre entre la nécessité de laisser une souplesse suffisante pour obtenir le meilleur rapport qualité-prix et celle d'assurer une transparence et des limites suffisantes pour empêcher les abus devrait guider les entités adjudicatrices dans cet aspect de l'utilisation des accords-cadres.

32. Le sous-alinéa ii) exige un rappel des procédures et des critères d'évaluation des soumissions, tels qu'initialement énoncés dans l'accord-cadre. Là encore, cette disposition vise à améliorer la transparence et devrait être lue conjointement avec les articles 59-1 d) iii) [**hyperlien**] et 61-1 f) [**hyperlien**], qui permettent de faire varier les coefficients de pondération des critères d'évaluation (y compris des sous-critères) dans une certaine fourchette fixée dans l'accord-cadre lui-même. Il est essentiel de prévoir des procédures et des critères d'évaluation appropriés pour cette deuxième étape si l'on veut assurer une concurrence effective et garantir l'objectivité et la transparence. Leur importance et leur application sont expliquées dans le commentaire de l'article 59 ci-dessus (voir paragraphes ** [**hyperlien**]).

33. L'alinéa c) du paragraphe 4 découle des règles générales énoncées à l'article 11-6, qui exigent objectivité et transparence dans l'évaluation des soumissions en interdisant l'application, durant l'évaluation, de critères ou de procédures qui n'auraient pas été préalablement communiqués.

34. L'alinéa d) du paragraphe 4 rappelle les prescriptions de l'article 22 [**hyperlien**] concernant les avis et les formalités connexes faisant suite à l'acceptation de la soumission à retenir (pour le commentaire sur ces dispositions, voir ... ci-dessus). Les dispositions sur les avis exigeraient que le prix de chaque commande soit communiqué aux fournisseurs ou entrepreneurs ayant présenté des soumissions lors de la deuxième étape, afin de faciliter une contestation par les fournisseurs ou entrepreneurs dont la soumission n'a pas été retenue. Il est de bonne pratique d'aviser les parties à l'accord-cadre dont la soumission n'a pas été retenue, par exemple en adressant un avis à chacune dans les systèmes électroniques mais

également, dans les accords-cadres fermés gérés dans un environnement papier et comptant un faible nombre de participants, par voie de publication générale. Dans le contexte des accords-cadres, ce moyen de notification non seulement est efficace, mais peut aussi être utile lorsque des achats récurrents peuvent tirer parti de soumissions améliorées, en particulier lorsque les avis s'accompagnent d'explications sur les raisons du rejet des soumissions ou d'un retour d'information. Les prescriptions de l'article 22, exigeant la publication des avis d'attribution, s'appliquent également (il est possible de regrouper les marchés de faible valeur à des fins de publicité, comme prévu dans cet article et examiné dans le commentaire qui l'accompagne).

**Article 63. Modifications pendant la durée d'application d'un accord-cadre**

35. Cet article vise à assurer l'objectivité et la transparence pendant la durée d'application de l'accord-cadre. Il prévoit tout d'abord qu'aucune modification ne peut être apportée à la description de l'objet du marché, car autrement l'invitation initiale à participer ne serait plus exacte et une nouvelle passation serait nécessaire. La nécessité de ménager une certaine souplesse dans la gestion de l'accord-cadre, pour pouvoir notamment préciser certaines conditions du marché pendant la mise en concurrence de la deuxième étape, suppose qu'il faut pouvoir modifier ces conditions (notamment les critères d'évaluation). L'article autorise donc de telles modifications, mais seulement pour autant qu'elles ne changent pas la description de l'objet du marché et uniquement – cette condition étant destinée à garantir la transparence – dans la mesure permise par l'accord-cadre. (Cet objectif – assurer l'objectivité et la transparence du processus de passation – sous-tend également les dispositions de l'article 15-3 [**hyperlien**], qui exige la republication des informations et une prorogation du délai de soumission lorsque le dossier de sollicitation est modifié au point que les informations initialement publiées deviennent substantiellement inexactes.)

36. Par conséquent, la description de l'objet du marché sera généralement formulée de manière fonctionnelle ou en termes de résultats et comprendra des exigences techniques minimales pour permettre les modifications de produits ou l'utilisation de solutions techniques de remplacement, comme le décrit le commentaire sur les précédents articles du présent chapitre [**hyperliens**]. C'est la nature du marché qui déterminera si cette approche est appropriée, comme expliqué aux paragraphes ** du commentaire dans l'introduction du présent chapitre [**hyperlien**] et dans le commentaire de l'article 59 ci-dessus [**hyperlien**]. Un risque d'abus existe aussi bien lorsqu'on autorise des spécifications génériques et peu détaillées que lorsqu'on permet que des modifications soient apportées; l'accord-cadre peut être utilisé par commodité administrative en dehors des limites prévues, permettant ainsi des attributions de marchés non transparentes et sans concurrence. En outre, ce manque de transparence et de concurrence risque de compromettre grandement le rapport qualité-prix des marchés. Les règlements, ou règles et autres orientations devront par conséquent traiter de façon assez détaillée ces risques et les mesures appropriées pour les atténuer.

## A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.18 (Original: anglais)

## Note du Secrétariat concernant le Guide révisé pour l'incorporation qui accompagnera la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa vingt et unième session

ADDITIF

Le présent additif contient une proposition concernant le texte du Guide qui accompagnera le chapitre VIII (Procédures de contestation) de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

# GUIDE POUR L'INCORPORATION DANS LE DROIT INTERNE DE LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LA PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS

## Deuxième partie. Commentaire par article

…

## Chapitre VIII. Procédures de contestation [**hyperlien**]

### A. Introduction

#### 1. Résumé analytique

1. Une caractéristique essentielle d'un système de passation des marchés transparent est l'existence de mécanismes permettant de contrôler et si nécessaire d'imposer l'application des règles qu'il énonce. Il peut s'agir de procédures de contestation, dans lesquelles les fournisseurs et entrepreneurs se voient accorder le droit de contester les décisions et les actes de l'entité adjudicatrice qu'ils estiment non conformes à la législation applicable à la passation des marchés, d'audits et d'enquêtes, et de poursuites en cas d'infractions pénales. Les procédures de contestation figurent dans le chapitre VIII de la Loi type; les autres mécanismes font intervenir des questions de contrôle des prises de décisions administratives dépassant le cadre de la passation des marchés et ne sont donc pas prévus dans la Loi type.

2. Un mécanisme de contestation efficace contribue à faire de la Loi type un instrument qui permet dans une large mesure à ses propres utilisateurs d'en suivre et d'en imposer l'application, car il offre des voies de droit aux fournisseurs et entrepreneurs qui ont un intérêt naturel à s'assurer que les entités adjudicatrices respectent les dispositions de la Loi type dans chaque procédure de passation. Il contribue également à renforcer la confiance du public en l'ensemble du système de

passation des marchés. Enfin, il remplit une fonction de dissuasion: par sa présence, il décourage les actes ou décisions délibérément contraires à la loi. Pour ces raisons, un mécanisme de contestation efficace est indispensable pour garantir le bon fonctionnement du système de passation des marchés et peut favoriser la confiance dans ce système.

3. De plus, l'article 9-1 d) de la Convention des Nations Unies contre la corruption [**hyperlien/référence**] exige que les systèmes de passation des marchés prévoient un mécanisme de recours efficace, appelé système de recours interne et comprenant un système d'appel, afin de garantir l'exercice des voies de droit en cas de non-respect des règles ou procédures visées au paragraphe 1 de ce même article. Afin que les exigences de la Convention soient prises en considération dans la Loi type, la CNUDCI exige dans cette dernière que les États adoptants prévoient tous les droits et toutes les procédures nécessaires (tant en première instance qu'en appel) pour un mécanisme de contestation efficace. De même, la Loi type a été conçue pour correspondre autant que possible à la conception des procédures de contestation de l'Accord sur les marchés publics de l'Organisation mondiale du commerce [**hyperlien/référence**], en appliquant sa conception générale au contexte international de la Loi type.

4. Le chapitre VIII de la Loi type contient un ensemble minimum de dispositions visant à garantir un processus de contestation efficace. Les États adoptants sont encouragés à incorporer toutes les dispositions du chapitre dans la mesure où leur système juridique le permet. Elles comprennent un droit général de contestation (et d'appel d'une décision dans une procédure de contestation), et la possibilité de demander le réexamen par l'entité adjudicatrice d'une décision prise au cours de la passation de marché, une révision par une instance indépendante et un recours auprès d'un tribunal. Cependant, la Loi type n'impose pas de structure précise pour ce système, comme il est expliqué au/à la ** ci-après [**hyperlien**]. En outre, il existe divers mécanismes destinés à assurer l'efficacité de la procédure. La Loi type vise à réduire la nécessité de contestations au moyen des procédures qu'elle prévoit pour chaque processus de passation des marchés. Ainsi, l'article 15 [**hyperlien**] prévoit un mécanisme de clarification et de modification du dossier de sollicitation de manière à réduire les risques de contestation des conditions fixées dans ce dossier; le mécanisme de clarification prévu à l'article 16 vise à réduire les risques de contestation des décisions concernant les qualifications, la conformité et l'évaluation des soumissions.

5. D'autres branches du droit et d'autres instances de l'État adoptant peuvent avoir une incidence sur le mécanisme de contestation envisagé au chapitre VIII si, par exemple, une contestation est déclenchée par des allégations de fraude ou de corruption ou des infractions au droit de la concurrence. Dans de tels cas, il convient de fournir des orientations appropriées aux entités adjudicatrices et aux fournisseurs, demandant notamment que ces informations soient mises à la disposition du public, afin que les autorités concernées soient sensibilisées et que les mesures nécessaires soient prises.

### 2. Incorporation: Questions de politique générale

6. Les dispositions de la Convention contre la corruption et de la Loi type se fondent sur l'idée que la législation sur les procédures de recours doit être rédigée d'une manière qui respecte la tradition juridique de l'État adoptant concerné. On

reconnaît ainsi qu'il existe dans la plupart des États des mécanismes et procédures permettant de contester les actes d'organes administratifs et d'autres entités publiques (on parle de fonction de révision). Dans certains États, de tels mécanismes et procédures ont été mis en place spécialement pour les litiges découlant de la passation de marchés par ces organes et entités. Dans d'autres, ces litiges sont soumis aux mécanismes et procédures généraux de révision des actes administratifs. La manière de faire respecter les règles de passation varie toutefois selon les États: certains disposent depuis longtemps d'un système de révision devant des autorités et des tribunaux spécialisés; d'autres ne disposent d'aucun texte législatif général concernant ce type de révision (à part ceux qu'exigent les obligations internationales et sous réserve des procédures de révision judiciaire). Certains systèmes prévoient que les infractions à la législation sur la passation des marchés commises par des organes de l'État sont portées devant un tribunal administratif et passibles de sanctions administratives. D'autres prévoient à la fois l'examen administratif, ou indépendant, et l'examen judiciaire des décisions en matière de passation de marchés par les tribunaux ordinaires (assortis d'une procédure pénale spéciale pour les violations des lois sur la passation des marchés commises par les entités adjudicatrices).

7. Compte tenu de ce qui précède, et afin que les dispositions puissent être intégrées aux cadres conceptuels et structurels très différents des systèmes juridiques et des systèmes d'administration publique du monde entier, le chapitre VIII énonce les principes et les procédures principales à suivre pour mettre en place un système de contestation efficace. Conformément à la conception générale de la Loi type en tant que texte-cadre, ces principes et procédures sont censés être complétés par des règlements et des règles procédurales détaillées pour que les mécanismes de contestation fonctionnent de manière efficace, rapide et économique.

8. De manière générale, un mécanisme est efficace s'il permet d'intervenir sans délai; de suspendre ou d'annuler la procédure de passation de marché et d'empêcher dans des circonstances normales l'entrée en vigueur d'un marché tant que le litige est pendant; de prendre d'autres mesures provisoires, telles que des ordonnances d'interdiction et des sanctions pécuniaires pour non-respect des règles; d'allouer des dommages-intérêts si l'intervention n'est plus possible (par exemple après l'attribution du marché); et d'agir rapidement dans un délai raisonnablement court, qui devrait normalement se mesurer en jours et en semaines. Un mécanisme efficace doit comporter au moins un organe pouvant examiner la contestation en première instance et un autre pouvant l'examiner en deuxième instance.

9. Les dispositions de la Loi type exigent des États adoptants qu'ils mettent en place un mécanisme efficace comportant l'ensemble de ces éléments, d'une manière convenant à leur tradition juridique. Elles prévoient tout d'abord que les fournisseurs et entrepreneurs ont le droit de contester les actes et décisions de l'entité adjudicatrice: il n'existe aucun acte ni décision pris dans une procédure de passation qui ne puissent être soumis à ce mécanisme. Pour ce qui est de l'organe qui doit connaître de la contestation (en première instance), la Loi type prévoit trois possibilités.

10. En premier lieu, l'article 66 [**hyperlien**] dispose que la contestation peut être formée devant l'entité adjudicatrice elle-même, à condition que le marché n'ait

pas encore été attribué. Cette procédure vise à permettre à l'entité adjudicatrice de rectifier des actes, décisions ou procédures non conformes.

11. Il importe de noter que cette possibilité ouverte aux fournisseurs ou entrepreneurs ne constitue pas une première étape obligatoire du processus de contestation. Ce système vise à faciliter une procédure rapide, simple et relativement peu coûteuse, évitant ainsi d'encombrer inutilement d'autres instances avec des demandes et des appels concernant des litiges que les parties auraient pu résoudre plus tôt par une procédure moins perturbatrice et moins onéreuse. Il est hautement souhaitable qu'un mécanisme de contestation concernant la passation de marchés permette un recours rapide sans demander trop de temps ni d'argent, et le fait que l'entité adjudicatrice connaisse les faits de la procédure de passation concernée, qu'elle contrôle cette procédure, qu'elle soit disposée à rectifier des erreurs de procédure dont elle n'avait peut-être pas connaissance et qu'elle puisse le faire contribue à rendre ce recours possible. Cette possibilité est importante pour le fournisseur qui engage une contestation mais aussi pour perturber le moins possible l'ensemble du processus de passation. Un système volontaire de ce type peut aussi réduire la crainte de voir une action légale compromettre les relations d'affaires futures, crainte qui, a-t-on constaté, entraîne une réticence à engager une contestation. D'un autre côté, on constate parfois aussi que l'entité adjudicatrice ignore tout simplement la demande de réexamen, qui n'a alors d'autre effet que de retarder la demande en révision auprès d'une autre instance. Les États adoptants sont donc encouragés à incorporer ce système, compte tenu des avantages qu'il peut présenter, mais aussi à prendre des mesures pour veiller à ce qu'il fonctionne en pratique (les questions d'application et d'utilisation sont examinées dans la section qui suit).

12. La deuxième possibilité est de confier à un tiers indépendant la révision de la décision ou de l'acte de l'entité adjudicatrice que le fournisseur estime contraire à la loi. Cette révision indépendante peut se dérouler comme une procédure administrative. Elle a une portée plus large que le système d'examen par les pairs mentionné plus haut car les contestations peuvent être soumises après l'entrée en vigueur du marché (ou de l'accord-cadre). L'instance indépendante saisie de la contestation peut prononcer diverses mesures, et le commentaire concernant les dispositions concernées indique les mesures qui ne sont peut-être généralement pas prévues dans certains systèmes juridiques. Ces mesures sont considérées comme étant une caractéristique importante du système envisagé dans la Loi type, et les États adoptants sont donc encouragés à les adopter, sous réserve d'assurer la compatibilité entre le mécanisme d'examen par une instance indépendante et les mécanismes équivalents devant leurs tribunaux. La longueur du règlement des litiges dans une procédure judiciaire traditionnelle et les avantages pouvant découler de l'acquisition de compétences spécialisées par les instances indépendantes sont également des raisons de mettre en place un système d'examen par une instance indépendante.

13. La troisième possibilité est de former un appel devant un tribunal compétent. La Loi type ne prévoit pas de règles pour ce genre de procédure, qui sera régie par la loi nationale applicable. Les États adoptants qui prévoient uniquement l'examen judiciaire des décisions de l'entité adjudicatrice doivent mettre en place pour les procédures en première instance et en appel un système efficace garantissant l'exercice des voies de droit en cas de non-respect des règles et procédures de

passation de marchés édictées dans la Loi type, afin de se conformer aux prescriptions de la Convention des Nations Unies contre la corruption [**hyperlien**].

14. Pour ce qui est de l'organe qui doit connaître de l'appel, les États adoptants peuvent décider qu'il s'agira uniquement du tribunal, ou que ce sera l'instance indépendante, ou les deux, en fonction du système juridique concerné. Si l'État adoptant souhaite prévoir une possibilité d'appel devant l'instance indépendante en vertu de l'article 67 [**hyperlien**], cet article devra être adapté de manière à conférer à celle-ci une compétence en appel: tel qu'il figure dans la Loi type, l'article 67 ne lui confère qu'une compétence en première instance.

15. Les États adoptants voudront peut-être aussi se servir des dispositions de la Loi type pour évaluer l'efficacité des mécanismes de contestation déjà en place chez eux. S'il existe déjà un système d'examen judiciaire efficace, la création d'une nouvelle instance indépendante ne présentera probablement guère d'intérêt. D'un autre côté, s'il existe une instance indépendante efficace, il sera tout aussi peu intéressant d'encourager les tribunaux à se spécialiser en passation de marchés. Il convient de souligner qu'il importe de disposer de personnes dotées de compétences spécialisées dans toute instance qui sera saisie des contestations, compte tenu du caractère exigeant des décisions à prendre et des procédures détaillées que prévoit la Loi type.

16. À cet égard, les États adoptants sont encouragés à examiner le champ d'action de toutes les instances existantes pour s'assurer que le système mis en place garantit bien l'exercice efficace des voies de droit (y compris en appel), comme l'exige la Convention contre la corruption [**hyperlien**] et conformément à ce qu'il est admis de considérer comme une pratique optimale.

17. Le chapitre VIII ne traite pas de la possibilité de soumettre les litiges à l'arbitrage ou à d'autres modes de règlement, puisque l'arbitrage est relativement peu utilisé dans le contexte de la passation des marchés, et en raison de la nature de la procédure de contestation, qui suppose généralement de déterminer si les actes ou décisions de l'entité adjudicatrice sont conformes ou non aux exigences de la Loi type. Celle-ci n'entend cependant pas suggérer que l'entité adjudicatrice et le fournisseur ou l'entrepreneur ne peuvent soumettre à l'arbitrage un différend lié aux procédures qu'elle prévoit, si les circonstances s'y prêtent, notamment si ce différend survient durant la phase d'administration des contrats du cycle des marchés publics.

### 3. Questions d'application et d'utilisation

18. Une caractéristique essentielle d'un mécanisme de contestation efficace est qu'il réalise un juste équilibre entre d'une part la nécessité de préserver les intérêts des fournisseurs et entrepreneurs et l'intégrité du processus de passation du marché et d'autre part la nécessité de perturber le moins possible ce processus (compte tenu en particulier de la règle énoncée à l'article 65 [**hyperlien**], qui interdit l'entrée en vigueur du marché ou de l'accord-cadre tant qu'une contestation reste non résolue (sous réserve d'exceptions limitées)). Les dispositions limitent le droit de contestation aux fournisseurs et entrepreneurs (y compris les fournisseurs et entrepreneurs potentiels qui, par exemple, ont été disqualifiés), fixent des délais pour le dépôt des demandes et des appels et pour le règlement des affaires, et

prévoient le pouvoir discrétionnaire de décider dans certaines circonstances si la procédure de passation peut être suspendue. Les règles et règlements ou autres orientations devraient préciser ces aspects des dispositions et réaliser un juste équilibre entre les intérêts des fournisseurs et les besoins de l'entité adjudicatrice. Le pouvoir de suspendre la procédure de passation (qui s'ajoute à l'interdiction visée à l'article 65, mentionnée plus haut) est primordiale à cet égard; les circonstances dans lesquelles une suspension peut ou non être indiquée sont examinées ci-après aux paragraphes **.

19. Un deuxième moyen de contribuer au règlement efficace des litiges et de ne pas trop perturber le processus de passation est d'encourager la résolution prompte et ponctuelle des questions et des litiges et de permettre le traitement des contestations avant qu'il ne soit nécessaire d'annuler certaines étapes de la procédure de passation, en particulier l'entrée en vigueur du marché (ou, le cas échéant, la conclusion d'un accord-cadre). La Loi type contient plusieurs dispositions à cette fin: premièrement, les procédures de demande de réexamen devant l'entité adjudicatrice, deuxièmement, les délais fixés pour le dépôt des demandes et troisièmement, les délais fixés pour rendre une décision.

20. Un autre élément en ce sens est le délai d'attente prévu à l'article 22-2 [**hyperlien**]. Le but de ce délai est d'imposer qu'il s'écoule une brève période entre l'identification de la soumission à retenir et l'attribution du marché (ou de l'accord-cadre), de sorte que toute contestation concernant cette attribution puisse être traitée avant que le marché ne soit conclu et qu'il ne devienne compliqué et coûteux de régler le problème, comme il est expliqué plus haut dans le commentaire sur cet article [**hyperlien**].

21. Les règles et procédures prévues au chapitre VIII sont également censées être suffisamment souples pour pouvoir être adaptées à tout système juridique et administratif sans compromettre la teneur du mécanisme de contestation ni son efficacité. Par exemple, certains aspects importants de la procédure de contestation, tels que l'instance devant être saisie d'une demande ou d'un appel et les mesures pouvant être accordées, sont liés aux caractéristiques conceptuelles et structurelles fondamentales du système juridique et du système d'administration publique de chaque pays; l'État adoptant donc devra adapter les dispositions du chapitre VIII à cet égard.

22. Les États adoptant l'option de la demande de réexamen auprès de l'entité adjudicatrice sont invités à prendre des mesures pour bien faire connaître et comprendre les avantages de ce mécanisme et ses modalités de fonctionnement (comprenant des procédures formelles, comme il est expliqué dans le commentaire sur l'article 66 [**hyperlien**]), afin qu'il puisse être utilisé efficacement. À cet égard, il y a souvent confusion entre la demande de réexamen et le retour d'information. L'objectif du retour d'information est d'expliquer la décision de l'entité adjudicatrice au fournisseur ou entrepreneur concerné, de sorte que les motifs en soient clairs et qu'il apparaisse clairement que les dispositions de la loi ont été respectées, ou qu'une erreur puisse être rectifiée. Il s'agit donc d'un mécanisme informel d'appui aux procédures, encouragé par la CNUDCI si les circonstances s'y prêtent, mais non prévu expressément dans la Loi type (on trouvera plus haut, à la section ** du commentaire général [**hyperlien**], un examen plus approfondi du retour d'information). Afin d'éviter cette confusion, il convient de souligner les principales différences de ces deux procédures en termes

d'objectifs, de déroulement et de résultats possibles. En outre, les États adoptants devraient contrôler et superviser la suite donnée aux demandes soumises, de manière à garantir que celles-ci sont traitées avec sérieux et que les avantages potentiels sont obtenus.

23. Il convient également de souligner dans les orientations destinées aux utilisateurs que la demande de réexamen n'est plus possible après l'entrée en vigueur du marché. La raison de cette restriction est qu'à ce stade, les mesures correctives que pourrait prendre l'entité adjudicatrice sont limitées: ses pouvoirs cessent lorsque le marché entre en vigueur. Cette restriction de sa compétence aux litiges antérieurs à l'entrée en vigueur du marché vise aussi à éviter de lui donner trop de pouvoirs, et tient compte du fait que la Loi type ne porte pas sur la phase d'administration des marchés. La contestation relève alors d'organes indépendants ou judiciaires, c'est-à-dire de l'instance indépendante ou du tribunal. Le respect des dispositions de l'article 22 sur la notification et le délai d'attente [**hyperlien**] devrait aussi contribuer à limiter le risque de litiges postérieurs à l'entrée en vigueur du marché.

24. S'agissant de la révision par une instance indépendante visée à l'article 67 [**hyperlien**], la structure du système devra refléter la tradition juridique de l'État adoptant. Certains systèmes juridiques prévoient un recours contre les actes d'organes administratifs et d'autres entités publiques devant une instance administrative exerçant sur eux une autorité ou un contrôle hiérarchique. Dans les systèmes juridiques prévoyant un tel recours, la question de savoir quelles instances doivent exercer cette fonction pour les actes de l'un ou l'autre organe ou de l'une ou l'autre entité dépend dans une large mesure de la structure administrative de l'État. Ce type d'instance ne serait pas indépendant au sens où l'exige la Loi type. Dans le contexte du chapitre VIII, la notion d'indépendance désigne l'indépendance vis-à-vis de l'entité adjudicatrice et non des pouvoirs publics en général, et la protection contre les pressions politiques. Pour les mêmes raisons que celles qui s'appliquent à l'examen administratif hiérarchique, visées au paragraphe précédent, un organe administratif qui, dans la Loi type telle qu'elle est adoptée par l'État, a compétence pour approuver certains actes, décisions ou procédures de l'entité adjudicatrice ou lui donner un avis sur des procédures, ne remplit pas la condition d'indépendance. Les États souhaiteront en outre examiner en particulier si l'instance indépendante devrait comprendre ou être constituée d'experts externes indépendants des pouvoirs publics. L'indépendance a également une importance pratique: si la prise de décision en révision n'est pas suffisamment indépendante, elle risque d'être contestée devant les tribunaux, ce qui provoquera une longue perturbation du processus de passation.

25. Les États adoptants sont donc encouragés, dans le cadre de leurs systèmes nationaux, à donner à l'instance indépendante le plus possible d'autonomie et d'indépendance vis-à-vis des pouvoirs exécutif et législatif, afin d'éviter toute influence politique et d'assurer la rigueur des décisions qu'elle prend. La nécessité d'un mécanisme indépendant est particulièrement cruciale dans les systèmes où on ne peut raisonnablement s'attendre à ce que l'entité adjudicatrice réexamine toujours de manière impartiale et efficace ses propres actes et décisions.

26. L'État adoptant qui souhaite mettre en place un mécanisme de révision par une instance indépendante devra déterminer à quelle instance il convient de confier cette fonction, qu'il s'agisse d'une instance existante ou d'une nouvelle instance qu'il

créera. Il peut s'agir par exemple d'un organe exerçant une supervision et un contrôle généraux sur les marchés publics, d'un organe dont la compétence ne se limite pas aux questions de passation de marchés (par exemple, l'organe exerçant une supervision et un contrôle financiers sur les opérations du gouvernement et de l'administration publique (le champ de la révision ne devant toutefois pas se limiter à la supervision et au contrôle financiers)), ou d'un organe administratif spécial ayant pour compétence exclusive le règlement des litiges touchant la passation des marchés.

27. Il conviendra également de fournir des indications sur les procédures de l'instance indépendante, comme il est expliqué plus en détail dans le commentaire sur l'article 67 [**hyperlien**]. Une attention particulière devrait être accordée à la question de la preuve, de la confidentialité et des audiences, de sorte que l'ensemble des parties aux procédures aient pleinement connaissance de leurs droits et obligations à cet égard, afin d'assurer la cohérence de l'ensemble des procédures et de permettre un recours efficace contre la décision d'une instance indépendante. Enfin, on voudra peut-être permettre à des représentants de la société civile ou à d'autres tiers d'observer les procédures de contestation. Si c'est le cas, à moins que d'autres lois ne le permettent déjà, les règles, règlements ou orientations devront prévoir un mécanisme en ce sens, conformément à la tradition juridique de l'État concerné. Ces questions sortent du champ d'application de la Loi type et du Guide, tout comme d'autres questions examinées dans cette introduction sur le chapitre VIII de la Loi type. Il y a donc un risque de dispersion des informations, et l'organisme chargé des marchés publics ou entité similaire visé à la section ** du commentaire général aura un rôle crucial à jouer afin que le lecteur soit informé des lieux où se trouvent ces informations [**hyperlien**].

28. Une question fondamentale qui se pose à propos des procédures de contestation en général est celle de savoir si la procédure doit être suspendue en cas de contestation. L'article 65 [**hyperlien**] interdit l'entrée en vigueur du marché jusqu'à ce que la demande ait été traitée, mais la suspension de la procédure de passation peut aussi être nécessaire si en l'absence de celle-ci un fournisseur ou entrepreneur présentant une réclamation peut ne pas avoir le temps de demander et d'obtenir des mesures provisoires. La suspension de la procédure de passation de marché est une notion plus vaste que l'interdiction visée à l'article 65: elle bloque toute action dans le cadre de la procédure. La possibilité d'une suspension augmente également les chances que les demandes soient traitées à un niveau inférieur, sans intervention judiciaire, ce qui favorise un règlement des litiges plus économique et plus efficace. L'entité adjudicatrice saisie d'une demande de réexamen de la décision ou de l'acte qu'elle a pris et l'instance indépendante saisie d'une demande en révision doivent donc décider s'il y a lieu de suspendre la procédure de passation.

29. En ce qui concerne la décision de l'entité adjudicatrice concernant une demande de réexamen, la CNUDCI a tenu compte du fait qu'une suspension automatique serait une solution laborieuse et rigide et qu'elle risquait de donner aux fournisseurs l'occasion de présenter des demandes abusives qui retarderaient inutilement la procédure de passation de marché et pourraient nuire gravement à celle-ci. Les fournisseurs auraient alors la possibilité de faire pression sur l'entité adjudicatrice pour qu'elle prenne des mesures qui pourraient, quoique involontairement, favoriser indûment le fournisseur concerné. La suspension

automatique pourrait avoir un autre inconvénient: entraîner une augmentation des mécanismes de contestation en général, ce qui aurait pour effet de perturber et de retarder le processus de passation.

30. L'article 66 [**hyperlien**] donne donc à l'entité adjudicatrice le pouvoir de décider si la procédure de passation de marché doit ou non être suspendue. Elle prend cette décision en tenant compte de la nature de la contestation et du moment où elle est présentée, ainsi que des faits et circonstances de la passation en question. Par exemple, une contestation portant sur certaines conditions de la sollicitation et présentée au début de la procédure ne sera peut-être pas de nature à exiger une suspension, même si elle nécessite en fin de compte des mesures correctives mineures; une demande portant sur d'autres conditions peut justifier une suspension, s'il est possible que les mesures correctives entraînent l'annulation de mesures prises et une perte d'argent; à l'inverse, une contestation portant sur ces mêmes conditions introduite quelques jours avant la date limite de présentation des soumissions nécessiterait des mesures très différentes et une suspension serait probablement indiquée. Il incombera au fournisseur concerné d'établir pourquoi une suspension devrait être accordée. Il importe toutefois de noter à cet égard que celui-ci ne sera pas nécessairement en possession de l'intégralité du procès-verbal de la procédure de passation et ne pourra peut-être que décrire sommairement les questions en jeu.

31. Cette façon de procéder laisse un important pouvoir discrétionnaire à l'entité adjudicatrice dont la décision est contestée. Les États adoptants se préoccuperont peut-être de réduire les risques d'abus de ce pouvoir discrétionnaire. Une autre solution, en particulier si l'entité adjudicatrice manque d'expérience des procédures de contestation, si les décisions concernant la procédure de passation ont été prises par une autre instance ou si on souhaite favoriser le règlement rapide des litiges en encourageant vivement les demandeurs à saisir en premier lieu l'entité adjudicatrice, consisterait à réglementer l'exercice par cette dernière de son pouvoir de décider de suspendre ou non la procédure de passation. Si une telle solution est souhaitée, une réglementation plus normative peut être envisagée.

32. Les dispositions prévoyant une suspension dans les demandes en révision auprès d'une instance indépendante sont plus directives en ce qu'il y a deux situations dans lesquelles les procédures de passation de marchés doivent être suspendues (sauf si l'instance indépendante estime que des considérations urgentes d'intérêt général exigent la poursuite du marché ou de l'accord-cadre, comme l'explique le commentaire sur l'article 67 [**hyperlien**]). On considère que ces deux situations présentent un risque particulièrement sérieux pour l'intégrité de la procédure de passation. La première est celle où la demande est reçue avant la date limite de présentation des soumissions (auquel cas elle renvoie probablement aux conditions de la passation de marché ou à l'exclusion d'un fournisseur lors de la procédure de préqualification). La deuxième est celle où aucun délai d'attente n'a été appliqué et la contestation est reçue après la date limite de présentation des soumissions (auquel cas la suspension permettra peut-être d'empêcher une attribution potentiellement abusive). La raison d'être d'une suspension est la nécessité d'empêcher d'autres fournisseurs ou entrepreneurs ou l'entité adjudicatrice de continuer de suivre une voie non conforme au risque de provoquer

une perte de temps et probablement d'argent[1]. Dans les autres situations, la suspension est discrétionnaire, comme plus haut dans le cas des demandes de réexamen.

33. Quelle que soit la solution retenue, les règlements, règles et orientations expliquant les considérations de politique générale seront primordiales pour assurer une bonne prise de décision en matière de suspension.

34. En ce qui concerne la possibilité de saisir un tribunal, de nombreux systèmes juridiques nationaux prévoient un examen judiciaire des actes pris par les organes administratifs et les entités publiques, soit en plus de la révision par une instance indépendante, décrite plus haut, soit au lieu de celle-ci. Dans certains systèmes juridiques qui prévoient à la fois un examen administratif et un examen judiciaire, ce dernier n'est possible qu'après épuisement des autres voies de recours. Dans d'autres, les deux voies de recours sont possibles en tant qu'options. Certains des États concernés auront peut-être déjà établi des règles qui guideront sur ces questions les parties à une procédure de contestation. Si ce n'est pas le cas, ils voudront peut-être les établir et prévoir l'approche souhaitée au moyen de leur législation ou de leur réglementation, comme le suggèrent d'autres règles et orientations. La Loi type, qui ne régit pas les procédures judiciaires, ne traite pas de cette question de succession des recours. En outre, il n'est pas recommandé d'engager des procédures parallèles.

35. La Loi type ne traite pas de questions de procédures judiciaires telles que le pouvoir d'accorder réparation pour pertes anticipées (telles que le manque à gagner) ou des mesures provisoires, notamment dans le cadre d'un marché signé dont l'exécution a commencé. Cependant, la CNUDCI encourage la mise à disposition de toutes les voies de recours possibles devant l'instance indépendante avant qu'un tribunal ne soit saisi.

36. Les contestations ne peuvent remédier aux violations des règles et des procédures qu'à l'initiative des fournisseurs eux-mêmes, aussi les autres mécanismes de contrôle décrits plus haut dans le résumé analytique doivent-ils être en place pour traiter a) ces violations lorsque le fournisseur choisit de ne pas engager d'action et b) les questions systémiques. Les fournisseurs peuvent avoir de nombreuses raisons de ne pas engager d'action: lorsque le marché est de faible valeur, les fournisseurs importants peuvent considérer que les pertes ne justifient pas les coûts engagés; les petits fournisseurs peuvent estimer ne pas avoir le temps et l'argent nécessaires à un recours; et tous les fournisseurs peuvent hésiter à contester des décisions discrétionnaires en raison du risque élevé d'échec et par crainte qu'une contestation ne compromette leurs relations futures avec l'entité adjudicatrice.

---

[1] Le Groupe de travail est prié de donner un avis sur la manière d'expliquer pourquoi ces considérations dans le cas de l'entité adjudicatrice ne s'appliquent pas ici.

## A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.19 (Original: anglais)

## Note du Secrétariat concernant le Guide révisé pour l'incorporation qui accompagnera la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa vingt et unième session

ADDITIF

Le présent additif contient la suite de la proposition concernant le texte du Guide qui accompagnera le chapitre VIII (Procédures de contestation) de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

# GUIDE POUR L'INCORPORATION DANS LE DROIT INTERNE DE LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LA PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS

## Deuxième partie. Commentaire par article

…

## Chapitre VIII. Procédures de contestation

### B. Dispositions relatives aux contestations et aux appels

#### Article 64. Droit de contestation et d'appel

1. L'article 64 établit le droit fondamental de contester un acte ou une décision de l'entité adjudicatrice dans la passation de marché en cause, ainsi que le droit de faire appel d'une décision rendue dans une procédure de contestation. Il vise à satisfaire aux dispositions de la Convention contre la corruption, qui exige elle-même un tel système à deux niveaux [**hyperlien**].

2. Le paragraphe 1 reconnaît le droit de contestation au fournisseur ou à l'entrepreneur qui déclare avoir subi une perte ou un dommage en raison d'une violation de la loi sur la passation des marchés. Il reconnaît ce droit aux seuls fournisseurs et entrepreneurs (y compris aux fournisseurs ou entrepreneurs potentiels, comme l'explique le commentaire de l'article 2 [**hyperlien**], notamment ceux qui n'ont pas été préqualifiés) mais non au public en général. Les sous-traitants sont également exclus du champ d'application du droit de contestation prévu dans la Loi type. Ces restrictions visent à assurer que les contestations portent sur les décisions ou les actes que l'entité adjudicatrice a pris dans une procédure de passation donnée et à éviter que le processus de passation ne soit trop perturbé par des contestations fondées sur des questions de principe ou des questions théoriques ou encore des violations mineures. Elles visent également à montrer que le mécanisme de contestation n'est pas le seul mécanisme de contrôle possible.

3. L'article 64 ne traite pas de la capacité du fournisseur ou de l'entrepreneur à contester une décision ou un acte ni des conditions que le droit interne lui impose pour ce faire ou pour obtenir réparation. Ces questions et d'autres, comme celle de savoir si des organismes publics auraient le droit de former une contestation, doivent être résolues conformément aux règles juridiques applicables de l'État adoptant.

4. Le paragraphe 2 permet de saisir l'entité adjudicatrice ou l'instance indépendante conformément aux articles 66 et 67 [**hyperliens**], respectivement, ou encore le tribunal. L'État adoptant est prié d'insérer le nom de cette instance et du ou des tribunaux lorsqu'il transposera cette disposition dans son droit interne. Les règlements ou règles et les directives connexes destinées aux entités adjudicatrices devraient traiter de la nature de l'instance indépendante en s'inspirant éventuellement des questions examinées aux paragraphes ** du commentaire dans l'introduction au présent chapitre. Une contestation devant le tribunal – on parle généralement dans ce cas de recours judiciaire – sera formée conformément aux règles de compétence et aux procédures applicables, compte tenu du fait que ces procédures relèvent du droit administratif général dans l'État concerné. Les directives en question devraient aussi dûment mentionner le lieu où se déroulent ces procédures. Comme l'indiquent les paragraphes ** du commentaire dans l'introduction au présent chapitre, les États adoptants sont encouragés à faire en sorte que tous les pouvoirs conférés à l'instance indépendante par l'article 67 (pouvoirs qui sont examinés dans le commentaire de cet article [**hyperliens**]) puissent être exercés par les tribunaux compétents pour connaître des demandes relatives à des passations de marchés.

5. Le paragraphe 3 autorise les appels contre les décisions rendues dans une procédure de contestation visée aux articles 66 et 67 [**hyperliens**]. Toutefois, ces appels ne sont possibles que devant le tribunal et suivant les procédures qui lui sont applicables. La disposition figure entre crochets car il est possible qu'elle ne soit pas nécessaire si d'autres règles de droit prévoient déjà l'existence d'un tel mécanisme de recours. Les États adoptants souhaiteront peut-être mentionner expressément l'autorité compétente s'ils transposent cette disposition dans leur législation interne et fournir des directives complémentaires pour que tous les participants à une passation aient pleinement connaissance du mécanisme. Si ce dernier est déjà prévu dans d'autres règles de droit, l'organisme chargé de la passation des marchés publics ou tout organisme similaire devrait veiller à ce que les directives concernant ce mécanisme soient à la disposition des utilisateurs du système de passation.

6. L'État adoptant peut, s'il le souhaite, ajouter dans la loi ou les règlements des dispositions régissant les étapes successives de l'exercice des voies de recours et permettre à une instance indépendante ou à un tribunal d'être saisis en appel d'une décision rendue dans une procédure de contestation; la demande de réexamen peut être suivie d'une demande en révision ou d'un recours judiciaire, conformément à la législation interne incorporant la Loi type[1].

7. Comme le note le commentaire dans l'introduction au présent chapitre [**hyperlien**], les États adoptants devraient s'assurer que les dispositions de

---

[1] Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si ce paragraphe, inséré conformément aux instructions de la Commission, reflète bien les dispositions de l'article 64.

l'article 64 sont conformes à leur structure juridique et administrative et compléter ce cadre avec des directives détaillées sur leur fonctionnement.

**Article 65. Effet d'une contestation**

8. L'article 65 interdit l'entrée en vigueur d'un marché ou d'un accord-cadre tant qu'une contestation ou un appel est pendant. Il est donc impossible d'anéantir la procédure de contestation ou d'appel en présentant l'attribution comme un fait accompli. La disposition est libellée en termes généraux ("ne prend aucune mesure qui entraînerait l'entrée en vigueur") pour ne pas donner à entendre qu'elle vise uniquement la signature du marché ou l'expédition de l'avis d'acceptation prévue à l'article 22 [**hyperlien**].

9. Il est donc interdit à l'entité adjudicatrice de prendre des mesures qui entraîneraient l'entrée en vigueur du marché (ou de l'accord-cadre) lorsqu'elle est saisie d'une demande de réexamen ou lorsqu'une contestation ou un appel lui est notifié par l'instance indépendante ou le tribunal. Cette interdiction, qui prend effet lorsque la notification est reçue dans les délais prescrits, se maintient pendant une brève période après qu'une décision sur la contestation ou l'appel a été prise et communiquée aux participants, comme le prévoit le paragraphe 2, pour permettre à toute partie non satisfaite d'interjeter appel devant une instance de degré supérieur. Les États adoptants devront déterminer cette durée selon la situation locale – la Loi type ne prescrit ni minimum ni maximum. Ils voudront faire en sorte que cette durée soit aussi brève que le permet leur système pour éviter que le processus de passation ne soit trop perturbé. L'organisme chargé de la passation des marchés publics ou tout organisme similaire veillera à ce que cette période et d'autres qui sont fixées par rapport à la date limite de présentation des soumissions et au délai d'attente mentionné à l'article 22 [**hyperlien**] soient clairement connues et comprises.

10. Les "participants à la procédure de contestation" mentionnés au paragraphe 2 désignent uniquement l'entité adjudicatrice et le ou les fournisseurs ou entrepreneurs qui ont engagé la procédure (et, le cas échéant, une autorité de tutelle) comme l'explique plus en détail le commentaire de l'article 68 ci-après [**hyperlien**]. Il s'agit généralement d'un groupe plus restreint que celui des participants à la passation mais il est possible que la notification visée au paragraphe 2 incite d'autres fournisseurs ou entrepreneurs à se joindre à la procédure, comme les y autorise l'article 68 [**hyperlien**], ou à engager leur propre procédure de contestation, s'ils affirment avoir subi une perte ou un dommage du fait des mêmes circonstances. Ils pourraient alors demander notamment la levée d'une suspension qui a été appliquée, ou d'autres mesures qui peuvent être prévues dans les règlements ou règles de procédure applicables. La Loi type prévoit la possibilité d'élargir la participation à la procédure de contestation car il est dans l'intérêt de l'entité adjudicatrice que les réclamations soient formées et que les informations soient portées à son attention dès que possible. L'État adoptant devrait prévoir des règles et des procédures pour favoriser cette approche de sorte que la procédure puisse se poursuivre avec la rapidité voulue et que les fournisseurs ou entrepreneurs puissent effectivement participer; il voudra peut-être aussi établir une nomenclature appropriée pour désigner plus précisément les divers participants.

11. L'interdiction n'est pas absolue: des considérations urgentes d'intérêt général peuvent amener à conclure qu'il serait préférable d'autoriser la poursuite de la procédure de passation et l'entrée en vigueur du marché ou de l'accord-cadre, bien

qu'une contestation soit pendante. Une instance indépendante pourra par conséquent ordonner la poursuite de la procédure et l'entrée en vigueur du marché ou de l'accord-cadre. Le paragraphe 3 b) donne la possibilité aux États adoptants d'autoriser une instance indépendante à trancher la question sans que l'entité adjudicatrice n'en ait fait la demande. Cette option peut convenir dans les systèmes qui fonctionnent selon le modèle inquisitoire, plutôt que sur le modèle accusatoire, mais conviendra peut-être moins dans d'autres États. En élaborant les règles de procédure et les directives de fonctionnement de l'instance indépendante, les États voudront aussi veiller à établir des règles et procédures claires sur les éléments et preuves qu'une entité adjudicatrice devrait produire pour invoquer des considérations urgentes d'intérêt général lorsqu'elle demande de poursuivre la procédure et sur la manière dont cette demande doit être introduite (notamment sur la question de savoir si ce type de demande doit être introduit par l'entité adjudicatrice *ex parte* ou *inter partes*).

12. Il faudrait trouver un équilibre entre la nécessité de régler rapidement les litiges en matière de passation et de disposer d'un mécanisme de contestation efficace, et celle de prendre en compte les considérations urgentes d'intérêt général. Cet équilibre est très important dans les États adoptants dont les tribunaux ne sont pas habilités à ordonner des mesures provisoires ni à conduire des procédures simplifiées. Le paragraphe 3 b) est libellé de sorte que toute décision tendant à autoriser la conclusion du marché ou de l'accord-cadre dans de telles circonstances puisse être elle-même contestée (en application des droits généraux conférés à l'article 64 [**hyperlien**]). De son côté, l'entité adjudicatrice devrait aussi pouvoir demander au tribunal compétent l'autorisation de conclure le marché ou l'accord-cadre en raison de considérations urgentes d'intérêt général lorsque l'instance indépendante a interdit l'entrée en vigueur d'un tel marché ou accord-cadre.

13. À cet égard, le paragraphe 3 b) pose une exigence importante, en prévoyant que la décision de l'instance indépendante est promptement notifiée à tous les participants concernés, y compris l'entité adjudicatrice. Il exige la communication de la décision et des motifs sur lesquels elle se fonde, ce qui est essentiel pour permettre toute action ultérieure (telle qu'un appel de la décision en question). De par la nature de la demande visée au paragraphe 3, il peut s'avérer nécessaire de protéger des informations confidentielles, dont la divulgation au public sera limitée par l'article [68], ce qui n'exempte toutefois pas l'instance indépendante de l'obligation de communiquer sa décision, dûment motivée, à tous les intéressés (tels qu'énumérés dans la disposition). Toute information confidentielle devra être exclue dans la mesure et de la manière prévues par la loi.

**Article 66. Demande de réexamen auprès de l'entité adjudicatrice**

14. L'article 66 prévoit qu'un fournisseur ou entrepreneur souhaitant contester une décision ou un acte de l'entité adjudicatrice peut, en premier lieu, demander à celle-ci de réexaminer la décision ou l'acte en question. Cette demande est optionnelle, car son efficacité variera tant en fonction de la nature de la contestation que de la volonté de l'entité adjudicatrice de revoir les mesures qu'elle a prises dans le processus de passation. La procédure visée dans cet article doit être distinguée de la procédure de retour d'information décrite dans la section ** du commentaire dans l'introduction au présent chapitre [**hyperlien**]. Les États adoptants estimeront

peut-être qu'il est souhaitable de favoriser le règlement rapide des litiges en encourageant l'utilisation du mécanisme optionnel de contestation envisagé dans cet article, ce qui pourrait en outre renforcer l'efficacité et améliorer la relation à long terme entre l'entité adjudicatrice et les fournisseurs ou entrepreneurs.

15. La demande de réexamen n'en est pas moins une procédure formelle, si bien qu'il importe d'en délimiter clairement l'objet et les motifs dès le début (ceci pour en permettre un examen efficace et éviter que d'autres griefs ne soient soulevés pendant la procédure). La demande doit par conséquent être écrite. La Loi type n'énonce pas de règles concernant les preuves à produire: le demandeur souhaitera présenter ses meilleurs arguments pour démontrer en quoi un réexamen ou une mesure corrective se justifie, mais la manière de procéder variera d'un cas à l'autre. Comme il est noté plus haut, des règlements et règles de procédure devraient traiter de la collecte de preuves si nécessaire. Une approche générale qui consisterait à permettre la production des preuves après l'introduction de la demande ira peut-être à l'encontre du but recherché, qui est d'exiger de l'entité adjudicatrice qu'elle agisse rapidement à compter de sa saisine (comme le prévoit le paragraphe 3). C'est pourquoi ces règles et règlements devraient encourager les demandeurs à produire rapidement toutes les preuves disponibles.

16. Les deux délais prévus au paragraphe 2 visent, de manière générale, à assurer que les demandes soient déposées promptement pour ne pas retarder et perturber inutilement la passation et éviter d'avoir à anéantir des actes ou des décisions à une étape ultérieure. Cet article envisage essentiellement deux types de contestations: premièrement, celles concernant les conditions de sollicitation, ainsi que la préqualification ou la présélection, qui doivent être formées avant la date limite de présentation des soumissions pour les raisons mentionnées ci-dessus. Dans le présent contexte, l'expression "conditions de sollicitation" englobe toutes les questions découlant de la passation avant la date limite de présentation des soumissions (et celles découlant de la préqualification ou de la présélection, qui sont mentionnées séparément dans l'alinéa), telles que le choix d'une méthode de passation ou de sollicitation lorsque l'entité peut choisir entre la sollicitation ouverte et la sollicitation directe, ou la limitation de la participation à la procédure de passation de marché prévue à l'article 8. Elle exclut donc les questions que posent l'examen et l'évaluation des soumissions. Les conditions de la sollicitation, de la préqualification ou de la présélection incluent le contenu de tout additif visé à l'article 15 [**hyperlien**]. La formule "avant la date limite de présentation des soumissions" se veut générale pour permettre aux États adoptants de définir dans les règlements applicables un délai de saisine précis et court avant cette date limite (il sera peut-être nécessaire de prévoir différents délais selon les méthodes de passation: pour des enchères électroniques inversées, il devrait normalement être plus court que pour des méthodes impliquant un dialogue ou des négociations). Cette approche vise à empêcher que des contestations extrêmement perturbatrices (et peut-être abusives) ne soient présentées juste avant la date limite de présentation des soumissions. Les États adoptants peuvent également fixer des délais qui courraient à partir de la connaissance de tel ou tel fait pour les procédures de passation très longues (dans le cadre de l'obligation générale de former une contestation avant la date limite de présentation des soumissions) afin que les contestations concernant les conditions de sollicitation soient présentées dès que possible.

17. Le deuxième type de contestation sera probablement lié d'une manière ou d'une autre à l'attribution ou à la proposition d'attribution du marché (ou de l'accord-cadre). Le principal objectif ici est que la contestation soit traitée avant que l'exécution du marché (ou le fonctionnement de l'accord-cadre) ne vienne compliquer davantage les choses. En général, les contestations découlent de l'examen et de l'évaluation des soumissions, étape du processus de passation qui peut aussi comprendre l'évaluation des qualifications des fournisseurs (mais non une préqualification). Elles doivent être présentées avant la fin du délai d'attente, s'il s'applique, ou avant l'entrée en vigueur du marché (ou de l'accord-cadre), selon le cas. Dans le texte, il est fait référence à l'entrée en vigueur du marché, plutôt qu'à l'expédition de l'avis d'acceptation, pour tenir compte des situations dans lesquelles la signature d'un contrat écrit ou l'approbation d'une autre autorité sont exigées pour qu'un marché entre en vigueur (possibilités envisagées à l'article 22 [**hyperlien**] et dans les articles de la Loi type qui décrivent la teneur du dossier de sollicitation).

18. Les dispositions ne mentionnent pas la compétence de l'entité adjudicatrice pour examiner une contestation de la décision d'abandonner la passation. Si une telle décision ne diffère pas, en principe, des autres décisions prises dans le processus de passation, la Loi type part du principe qu'il vaudrait mieux soumettre ce type de litige, de par sa nature, à un organe indépendant (soit à l'instance indépendante même, si elle a compétence pour examiner les contestations liées à l'abandon d'une passation soit, si l'État adoptant le juge bon, aux seuls tribunaux; on se reportera au commentaire de l'article 67-6 b) ii) [**hyperlien**] qui expose les considérations qui aideront l'État adoptant à décider de conférer ou non une telle compétence à l'instance indépendante).

19. Si une demande est présentée hors délai, l'entité adjudicatrice n'est pas compétente et devrait la rejeter conformément au paragraphe 3 a) de l'article. Lorsqu'un délai d'attente a été appliqué et que l'approbation d'une autre autorité est exigée pour qu'un marché entre en vigueur, une contestation introduite après ce délai, mais avant l'approbation, est tardive.

20. Le jeu combiné des articles 66 et 65 [**hyperliens**] veut qu'une fois la demande de réexamen présentée, aucun marché ne puisse être attribué (ni aucun accord-cadre conclu), à moins que l'entité adjudicatrice ne demande une exception en raison de considérations urgentes d'intérêt général et que sa demande ne soit acceptée par l'instance indépendante conformément à l'article 65-3 [**hyperlien**] ou par le tribunal.

21. Le paragraphe 3 exige de l'entité adjudicatrice qu'elle prenne plusieurs mesures. Premièrement, dès qu'elle est saisie d'une demande, elle doit publier un avis la concernant. Le texte ne fixe aucun délai pour cette publication. Le temps nécessaire dépendra de la manière dont l'avis sera publié et de la disponibilité du support qui sera utilisé à cette fin. Dans l'environnement électronique, par exemple, le lieu de publication le plus approprié sera le site Web où a été publié l'avis initial concernant la passation. Le but est que tous les participants au processus de passation (dont l'entité adjudicatrice peut connaître ou non les coordonnées) soient informés de la présentation de la demande.

22. L'entité adjudicatrice non seulement doit publier un avis concernant la demande, mais est également tenue, dans les trois jours ouvrables à compter de sa

saisine, de notifier l'introduction de la demande et l'essentiel de son contenu à tous les participants à la procédure de passation qui lui sont connus (c'est-à-dire dont les coordonnées lui ont été communiquées). En notifiant l'essentiel du contenu de la demande, l'entité adjudicatrice évite d'avoir à divulguer des informations qui peuvent être confidentielles et à examiner l'intégralité de la demande pour en supprimer les informations confidentielles.

23. Les dispositions relatives à la publication et à la notification visent à informer les fournisseurs ou entrepreneurs qu'une demande a été présentée à propos de la passation à laquelle ils ont participé ou participent, et à leur permettre de prendre des mesures pour protéger leurs intérêts. Ils pourront par exemple intervenir dans la procédure de contestation en vertu de l'article 68 [**hyperlien**], comme le note le paragraphe ** du commentaire sur l'article 64 ci-dessus [**hyperlien**] et le commentaire de l'article 68 même [**hyperlien**].

24. Dans le même délai (soit trois jours ouvrables à compter de sa saisine), l'entité adjudicatrice doit prendre d'autres mesures, à savoir procéder à l'examen initial de la demande. Elle doit d'abord décider si elle examinera la demande plus avant. Le paragraphe 3 a) mentionne les types de situation où elle peut décider de ne pas le faire. Elle se posera notamment la question de savoir si la demande a été présentée dans les délais fixés; si le demandeur a ou non qualité pour agir (comme il est noté au paragraphe ** du commentaire relatif à l'article 64 ci-avant [**hyperlien**], les sous-traitants et les membres du public, contrairement aux fournisseurs potentiels, n'ont pas qualité pour agir); si la demande repose sur une compréhension manifestement erronée des faits ou de la loi et des règlements applicables; ou si elle est infondée ou abusive. Ces questions peuvent être particulièrement importantes dans les systèmes où les mécanismes de contestation sont récents et où les fournisseurs ne connaissent peut-être pas encore bien l'étendue de leurs droits de contestation. Il est important que l'entité puisse rejeter rapidement une demande, afin de perturber le moins possible le processus de passation et de réduire au maximum les coûts pour toutes les personnes concernées.

25. La décision de rejet peut être contestée en vertu de l'article 64 [**hyperlien**] car, comme il est noté au paragraphe 3 a) de l'article, ce rejet vaut décision concernant la demande. Cette disposition permet également de mettre fin à l'interdiction d'entrée en vigueur du marché ou de l'accord-cadre à l'expiration du délai indiqué à l'article 65 [**hyperlien**], à moins que la décision de rejet ne fasse à son tour l'objet d'une contestation ou d'un appel. Pour permettre l'introduction en temps voulu d'une nouvelle contestation ou d'un appel, les dispositions exigent que l'entité adjudicatrice notifie au demandeur sa décision de rejet et les raisons de cette dernière dans les trois jours à compter de sa saisine.

26. Si l'entité adjudicatrice décide d'examiner plus avant la demande, elle doit déterminer s'il faut suspendre la passation de marché et, dans l'affirmative, pour quelle durée. Bien que l'article 65 [**hyperlien**] interdise l'entrée en vigueur d'un marché jusqu'à ce qu'une décision relative à la demande ait été prise, il peut aussi être nécessaire de suspendre la passation: la suspension de la passation de marché est une notion plus vaste que l'interdiction énoncée à l'article 65 car elle bloque toute action dans le cadre de la passation. Cette suspension vise à préserver les intérêts du demandeur dans l'attente de l'issue du litige. L'approche suivie en ce qui concerne la suspension, qui consiste à autoriser l'entité adjudicatrice à trancher en la matière, vise à trouver un équilibre entre le droit du fournisseur ou de

l'entrepreneur de voir sa contestation examinée et la nécessité pour l'entité de conclure un marché d'une manière économique et efficace sans que le processus de passation du marché ne soit indûment perturbé et retardé. On se reportera à la section ** du commentaire dans l'introduction au présent chapitre [**hyperlien**] pour plus de détails sur les questions de politique générale que posent les décisions de suspension et les directives que devrait donner l'organisme chargé de la passation des marchés publics ou un organisme similaire.

27. L'entité adjudicatrice prend sa décision de suspendre ou non la passation en tenant compte tant de la nature de la contestation que du moment où elle est présentée ainsi que des faits et circonstances de la passation en question. Il incombera au fournisseur concerné d'établir pourquoi une suspension devrait être accordée. Il importe toutefois de noter à cet égard que celui-ci ne sera pas nécessairement en possession de l'intégralité du procès-verbal de la procédure de passation et ne pourra peut-être que décrire sommairement les questions en jeu. On trouvera aux paragraphes ** du commentaire dans l'introduction au présent chapitre [**hyperlien**] des exemples qui permettront de déterminer plus facilement la nécessité ou non d'une suspension, exemples qui devraient figurer dans les directives que l'organisme chargé de la passation des marchés publics ou un organisme semblable devrait formuler pour aider les entités adjudicatrices sur ce point.

28. L'entité adjudicatrice dispose d'un délai de trois jours ouvrables pour décider si la passation doit être suspendue, et pendant combien de temps, et pour notifier sa décision au demandeur et à tous les participants au processus de passation, ce qui l'oblige ainsi à se prononcer rapidement sur l'application ou non d'une telle suspension. En cas de suspension, elle n'a pas besoin de motiver sa décision, car ce n'est pas le genre de décisions qu'un demandeur voudra contester. Le paragraphe 3 c) ii) exige, en cas de non-suspension de la procédure, que l'entité adjudicatrice indique au demandeur les raisons de sa décision, et deuxièmement, elle doit verser au procès-verbal toutes les décisions prises en relation avec la suspension et les raisons qui les motivent. Ces garanties contre toute décision abusive de non-suspension, qui reposent sur des mesures de transparence, visent à assurer que la décision de l'entité adjudicatrice puisse elle-même être contestée et examinée de près (par exemple par l'instance indépendante prévue à l'article 67 [**hyperlien**], ou par les tribunaux).

29. Lorsqu'une entité adjudicatrice n'accorde pas de suspension, le demandeur peut estimer que cette décision constitue le présage d'une issue défavorable de son action auprès de l'entité et que, par conséquent, il vaudrait mieux y mettre fin et engager une procédure devant une instance indépendante ou un tribunal (plutôt que de faire appel de la décision de non-suspension), comme l'y autorise le paragraphe 4. Une entité adjudicatrice peut estimer que cette possibilité décourage l'examen des demandes avec le sérieux requis par le système. Toutefois, l'introduction d'une demande devant une autre instance ou l'intervention d'un autre organisme de contrôle, qui s'ensuivra probablement, devrait montrer qu'une telle opinion est peu judicieuse. Le paragraphe 4 prévoit par ailleurs que, si l'entité adjudicatrice ne respecte pas l'obligation de notification dans le délai de trois jours, le demandeur peut engager une procédure devant une instance indépendante ou un tribunal, mesure qui vise aussi à décourager toute manœuvre dilatoire de la part de

l'entité. Une fois une telle procédure engagée devant l'instance indépendante ou le tribunal, l'entité adjudicatrice n'est plus compétente pour connaître de la demande.

30. Les paragraphes 5 à 7 régissent les mesures que l'entité adjudicatrice prend en ce qui concerne la demande qu'elle a décidé d'examiner plus avant. Le paragraphe 5 lui confère une marge d'appréciation importante pour se prononcer sur celle-ci. Elle peut prendre les mesures correctives suivantes: rectifier la procédure de passation pour la rendre conforme à la législation relative à la passation des marchés, aux règlements en matière de passation des marchés ou à toute autre règle applicable; s'il a été décidé d'accepter une soumission donnée et qu'il ressort qu'une autre soumission aurait dû être acceptée, s'abstenir d'envoyer l'avis d'acceptation au fournisseur ou à l'entrepreneur initialement choisi, et accepter l'autre soumission; ou abandonner la procédure de passation et engager une nouvelle procédure.

31. L'entité adjudicatrice doit rendre sa décision sur la demande qu'elle examine et la communiquer au demandeur et à tous les participants à la procédure de contestation et à la procédure de passation de marché suivant les modalités exigées par le paragraphe 6. L'État adoptant est invité à indiquer le nombre approprié de jours ouvrables dans lesquels la décision doit être rendue. Ce délai devrait concilier la nécessité d'un examen approfondi des questions soulevées et celle d'un règlement rapide de la demande de réexamen, pour permettre la poursuite de la procédure de passation.

32. S'il n'est pas possible de trancher rapidement, un recours devant une instance indépendante ou un recours judiciaire sera peut-être préférable. C'est pourquoi, si la décision n'est pas prise en temps voulu, ou si le demandeur n'est pas satisfait de la décision, le paragraphe 7 l'autorise à engager une procédure en révision en vertu de l'article 67 [**hyperlien**] ou une procédure devant le tribunal, selon le cas.

33. Le paragraphe 8 prévoit des mécanismes de transparence supplémentaires. Toutes les décisions de l'entité adjudicatrice doivent être écrites, indiquer la ou les mesures prises et préciser les raisons qui les motivent, à la fois pour améliorer la compréhension et, partant, contribuer à prévenir de nouveaux litiges, et pour faciliter toute autre contestation ou tout appel ultérieur. Bien que, dans certains systèmes, le silence de l'entité adjudicatrice puisse être interprété comme un rejet de la demande, les dispositions exigent une décision écrite à titre de bonne pratique. La demande et toutes les décisions doivent également être versées au procès-verbal. Il découle de cette disposition que ces documents (sous réserve des restrictions en matière de confidentialité prévues à l'article 25 [**hyperlien**]) seront mis à la disposition du public conformément aux dispositions de l'article 25.

34. Si l'État adoptant prévoit que certains actes de l'entité adjudicatrice doivent être soumis à la décision d'une autorité de tutelle, comme il est noté dans la section ** du commentaire général et dans le commentaire des articles 30-5 et 49 [**hyperliens**], il devra veiller à inclure dans le présent article une disposition appropriée pour permettre à l'autorité concernée de recevoir une demande de réexamen et toutes les informations relatives à la procédure de contestation en question.

### Article 67. Demande en révision auprès d'une instance indépendante

35. L'article 67 régit les procédures de révision devant une instance indépendante. Le système prévu dans la Loi type part du principe que l'instance indépendante

devrait se voir conférer l'ensemble des pouvoirs énoncés dans cet article, sous réserve que lui soit donnée la possibilité de prendre des mesures une fois le marché entré en vigueur, comme l'expliquent plus en détail les paragraphes ** ci-dessous. Ces pouvoirs doivent former un tout pour garantir l'efficacité du système.

36. Les États adoptants pourront omettre cet article s'ils le souhaitent et ne prévoir qu'un recours judiciaire en sus de la procédure de réexamen établie à l'article 66 [**hyperlien**], à condition de prévoir un système de recours judiciaire efficace, y compris un système d'appel efficace, qui garantisse l'exercice des voies de droit conformément aux exigences de la Convention contre la corruption [**hyperlien**]. Les États où les tribunaux assurent déjà efficacement la fonction d'instance indépendante de recours n'auront probablement guère avantage à introduire une voie de droit supplémentaire; la saisine de l'entité adjudicatrice peut néanmoins être utile pour faciliter le règlement rapide des litiges.

37. Le paragraphe 1 est rédigé de manière à conférer une large compétence à l'instance indépendante. Le fournisseur peut saisir initialement cette instance d'une demande en révision. En outre, s'il n'est pas satisfait d'une décision prise par l'entité adjudicatrice en vertu de l'article 66 [**hyperlien**], il a la possibilité de faire appel de cette décision devant le tribunal ou d'engager une nouvelle procédure devant l'instance indépendante ou le tribunal; il peut prendre l'une ou l'autre mesure dans les cas où l'entité adjudicatrice ne rend pas sa décision comme l'exige l'article 66-3, 6 ou 8 [**hyperliens**]. Ce paragraphe est donc une des dispositions clefs visant à donner effet à la Convention contre la corruption, qui exige un système de recours efficace, comprenant un mécanisme d'appel.

38. Le paragraphe 2 fixe les délais pour la formation des demandes en révision. Son alinéa a) traite des recours relatifs aux conditions de la sollicitation et à d'autres questions se posant avant la présentation des soumissions et prévoit le même délai que celui qui s'applique à la procédure de contestation devant l'entité adjudicatrice et sur lequel le paragraphe ** du commentaire accompagnant l'article 66 [**hyperlien**] ci-dessus donne des précisions.

39. Le paragraphe 2 b) i) prévoit que les demandes en révision des autres décisions ou actes pris dans la procédure de passation sont présentées avant la fin du délai d'attente prescrit à l'article 22-2 [**hyperlien**], si un tel délai a été appliqué. Le paragraphe 2 b) ii) dispose que, à défaut de délai d'attente (soit que l'autorité adjudicatrice soit autorisée par l'article 22-3 [**hyperlien**] à ne pas l'appliquer soit qu'elle n'ait pas respecté l'obligation de l'appliquer), les demandes doivent être présentées dans un nombre déterminé de jours ouvrables à compter du moment où le demandeur a eu ou aurait dû avoir connaissance des circonstances qui motivent sa demande. Pour éviter que ne se prolonge indéfiniment la période pendant laquelle des demandes en révision pourront être formées dans ces cas, les dispositions fixent également un délai maximum absolu – à savoir un nombre déterminé de jours après l'entrée en vigueur du marché. Il est nécessaire de fixer un tel délai définitif pour établir un équilibre entre le droit des fournisseurs de faire respecter l'intégrité du processus et la nécessité pour le marché de continuer à être exécuté sans interruption. Le délai maximum absolu peut être exprimé en semaines ou en mois, plutôt qu'en jours ouvrables, si cette solution convient mieux. Les États adoptants sont invités à déterminer ces deux délais en tenant compte de leurs propres besoins.

40. En ce qui concerne le premier délai visé au paragraphe 2 b) ii), l'Accord sur les marchés publics (AMP) de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) [**hyperlien**] prévoit un minimum de 10 jours. Les États adoptants voudront peut-être s'inspirer de cette disposition lorsqu'ils détermineront le délai qui conviendrait pour leur législation interne[2]. Pour ce qui est du second délai visé dans ce paragraphe 2 b) ii), l'avis d'attribution du marché qui sera publié conformément à l'article 23 [**hyperlien**] attirera probablement l'attention du demandeur sur les circonstances en question dans de nombreux cas. Or, cette publication n'interviendra pas nécessairement toujours. Par exemple, les raisons qui motivent la non-application d'un délai d'attente peuvent aussi justifier qu'il soit fait exception à l'obligation de publier l'avis d'attribution, notamment lorsque la confidentialité est invoquée pour protéger des intérêts nationaux essentiels de l'État. Il a donc été décidé de ne pas prendre la publication de l'avis d'attribution du marché comme point de départ pour le calcul du délai maximum, car l'avis ne sera pas toujours publié, mais de se référer plutôt à l'entrée en vigueur du marché.

41. Le paragraphe 2 b) ii) ne donne pas expressément compétence à l'instance indépendante pour connaître des contestations concernant les décisions d'abandon de la passation. Il s'agit là d'une possibilité que les États adoptants peuvent envisager (l'autre étant de donner compétence exclusive au tribunal). [**][3]

42. Le paragraphe 2 c) autorise un fournisseur à demander à l'instance indépendante d'examiner une demande en révision formée après la fin du délai d'attente appliqué conformément à l'article 22-2 [**hyperlien**], au motif que cette demande soulève d'importantes considérations d'intérêt général. Les États adoptants devront définir le délai absolu de présentation de ces demandes tardives, lequel devrait être aligné sur le délai définitif devant être établi au paragraphe 2 b) ii). Il revient à l'instance indépendante de décider si des considérations importantes d'intérêt général se posent effectivement et justifient l'examen de ces demandes. S'agissant du type de questions qui devraient autoriser un tel examen après la fin du délai d'attente, les États adoptants noteront peut-être que la plus fréquente est la découverte d'irrégularités frauduleuses ou d'actes de corruption. L'État adoptant voudra établir des règles ou des directives sur ces points. L'élément discrétionnaire de cette disposition n'interdit pas complètement à l'instance indépendante d'examiner ce type de demande. Ces demandes peuvent également être soumises directement aux tribunaux sous réserve de respecter le délai de prescription normal dans l'État concerné. Cette disposition est importante en particulier lorsque les garanties normales de transparence prévues dans la Loi type ne s'appliquent pas.

43. Le paragraphe 2 d) prévoit le délai pour soumettre les appels motivés par le fait que l'entité n'a pas rendu de décision comme l'exige l'article 66 [**hyperlien**]. Lorsqu'ils fixeront ce délai, les États adoptants devront là encore déterminer le nombre de jours ouvrables applicable à compter du moment où le fournisseur a eu connaissance ou aurait dû avoir connaissance des circonstances en cause. Les États souhaiteront faire en sorte de bien aligner tous les délais qu'ils

---

[2] Le chapitre du Guide expliquant les changements apportés par rapport au texte de 1994 précisera que ce dernier fixait en la matière un délai de 20 jours; les méthodes de communication modernes devraient rendre inutiles des délais aussi longs.

[3] Le Groupe de travail voudra peut-être compléter le commentaire sur cette décision.

devront déterminer, tant dans le chapitre VIII qu'en ce qui concerne le délai d'attente prévu à l'article 22-2.

44. Les paragraphes 3 et 4 concernent les questions de suspension. Les principales considérations de politique générale soulevées par la suspension, qui sont examinées aux paragraphes [**] du commentaire dans l'introduction au présent chapitre, valent également ici. Pour résumer, les dispositions sur la suspension viennent compléter l'interdiction d'entrée en vigueur du marché qui s'applique tant que la contestation n'a pas été tranchée (cette règle est expliquée dans le commentaire de l'article 65 ci-dessus [**hyperlien**]).

45. Le paragraphe 3 délimite le pouvoir discrétionnaire général qui devra être accordé à l'instance indépendante pour ordonner la suspension de la procédure de passation. Ce pouvoir est soumis à l'obligation de suspendre la passation dans les cas énumérés au paragraphe 4. Dans tous les autres cas qui ne sont pas visés au paragraphe 4, l'instance indépendante peut ordonner la suspension aussi longtemps qu'elle le juge nécessaire pour protéger les intérêts du fournisseur qui a présenté la demande en révision; elle peut également lever ou prolonger toute suspension accordée; et peut exercer ces pouvoirs à tout moment durant la procédure de contestation dont elle est saisie. Étant donné que, dans certains États, l'instance indépendante disposera peut-être de pouvoirs limités concernant les marchés ou les accords-cadres qui sont entrés en vigueur, l'alinéa b) (comme toutes les autres dispositions de l'article qui se réfèrent aux marchés ou aux accords-cadres entrés en vigueur) est accompagné d'une note de bas de page indiquant son caractère facultatif.

46. Le paragraphe 4 mentionne deux cas dans lesquels la procédure de passation de marché doit être généralement suspendue. On considère que ces deux situations font peser une menace particulièrement grave sur l'intégrité du processus de passation.

47. Dans le paragraphe 4 a), l'instance indépendante doit ordonner la suspension de la procédure de passation pour une durée de 10 jours ouvrables lorsque la demande est reçue avant la date limite de présentation des soumissions. Cette disposition vise dans une large mesure à permettre l'examen de ces contestations avant la réception des soumissions, moment où il est plus facile de prendre des mesures correctives. Dans ces cas, l'instance indépendante peut souhaiter prendre des mesures telles que la prorogation de la date limite de présentation des soumissions, et d'autres mesures correctives concernant les conditions de la sollicitation, de la préqualification ou de la présélection.

48. Le paragraphe 4 b) régit les cas où aucun délai d'attente n'a été appliqué et où la contestation est reçue après la date limite de présentation des soumissions. Le texte ne fixe aucune durée, car il se peut que celle-ci varie en fonction des circonstances. La contestation pouvant être reçue après l'entrée en vigueur du marché, l'instance indépendante se voit accorder le pouvoir facultatif de suspendre l'exécution du marché ou le fonctionnement d'un accord-cadre, selon le cas.

49. Dans chaque cas visé par les paragraphes 3 et 4, la suspension est présumée mais non automatique, en ce que l'instance indépendante peut décider que des considérations urgentes d'intérêt général justifient la poursuite du marché ou de l'accord-cadre. Il s'agit là du même critère que celui qui s'applique à l'article 65-3 [**hyperlien**] (dans lequel l'entité adjudicatrice peut demander la levée de

l'interdiction de conclure le marché ou l'accord-cadre). Les États adoptants devraient veiller à ce que des directives appropriées soient fournies sur les circonstances pouvant justifier une telle décision. Ces circonstances pourraient notamment être les suivantes: catastrophes naturelles, urgences et situations dans lesquelles l'entité adjudicatrice ou d'autres parties intéressées risquent de subir un préjudice disproportionné. Les règles procédurales applicables à l'instance indépendante pourraient autoriser cette dernière à se renseigner auprès de l'entité adjudicatrice si elle doit rendre sa décision de suspension avant que l'entité ne lui remette l'intégralité des documents se rapportant à la procédure de passation de marché (comme l'exige le paragraphe 8 du présent article).

50. En tout état de cause, l'instance indépendante devrait songer qu'une suspension pourrait en définitive se révéler moins néfaste pour le processus de passation car elle éviterait d'avoir à anéantir certaines mesures prises durant ce processus si une décision de l'entité adjudicatrice devait être infirmée ou corrigée. Il faudrait en outre inciter suffisamment les fournisseurs à former des contestations, la possibilité d'une suspension étant dans ce cas un aspect important.

51. Afin de limiter l'effet potentiellement perturbateur d'une demande en révision, les paragraphes 5 et 6 visent ensemble à obliger l'instance indépendante à entreprendre un examen initial de la demande formée, examen qui est semblable à celui prévu au paragraphe 3 de l'article 66 [**hyperlien**], sur lequel des précisions sont fournies dans le commentaire se rapportant à ce paragraphe (paragraphes [**] du commentaire relatif à l'article 66) [**hyperlien**]. Cet examen initial permet à l'instance indépendante d'évaluer la demande rapidement pour déterminer de prime abord si elle devrait l'examiner plus en détail.

52. Le paragraphe 5 exige de l'instance indépendante qu'elle notifie rapidement la demande en révision, ainsi que l'essentiel de son contenu, à l'entité adjudicatrice et à tous les participants à la procédure de passation de marché dont elle connaît l'identité. Elle n'est pas tenue d'aviser d'autres entités dont les intérêts pourraient être affectés par la demande (par exemple d'autres entités publiques) mais doit publier un avis concernant cette demande de sorte que ces entités puissent prendre des mesures pour protéger leurs intérêts si cela est nécessaire. Comme on l'a vu pour la procédure de contestation devant l'entité adjudicatrice, ces mesures pourraient consister à intervenir dans la procédure de contestation en vertu de l'article [67], à demander la levée de toute suspension qui a été appliquée et d'autres mesures prévues dans les règlements ou les règles de procédure applicables.

53. L'instance indépendante doit également se prononcer sur la suspension et aviser toutes les personnes concernées de sa décision (en indiquant le cas échéant la durée de la suspension). En cas de non-suspension, elle doit également communiquer les raisons de sa décision au demandeur (de manière à faciliter tout appel contre cette décision) ainsi qu'à l'entité adjudicatrice.

54. Le paragraphe 4 contient des passages entre crochets que l'État adoptant peut ou non incorporer dans son droit interne selon ce qu'il souhaitera. Ces passages devront être incorporés si l'instance indépendante est compétente après l'entrée en vigueur du marché. On se reportera au commentaire du paragraphe 9, qui figure ci-dessous aux paragraphes ** [**hyperlien**], pour un examen des questions que pose la décision de conférer ou non cette compétence.

55. Le pouvoir de rejeter la demande en révision prévu au paragraphe 6 est similaire à celui conféré à l'entité adjudicatrice par l'article 66 [**hyperlien**], dont il est question au paragraphe ** du commentaire relatif à cet article [**hyperlien**]. Les mêmes exigences de transparence concernant la notification de la décision motivée s'appliquent comme à l'article 66 [**hyperlien**].

56. Comme dans le cas des demandes de réexamen soumises à l'entité adjudicatrice, l'instance indépendante doit, au paragraphe 7, notifier les mesures prises en application des paragraphes 5 et 6 dans un délai de trois jours ouvrables après avoir reçu la demande en révision. L'effet de ces notifications variera en fonction des décisions notifiées. On notera cependant que l'instance indépendante peut exiger de l'entité adjudicatrice qu'elle suspende la procédure de passation de marché.

57. Le paragraphe 8 prévoit que l'entité adjudicatrice doit donner à l'instance indépendante un accès immédiat à tous les documents en sa possession qui se rapportent à la procédure de passation de marché, sous réserve des règles de confidentialité prévues aux articles 24 et 25 [**hyperlien**], en particulier des interdictions de divulgation de certaines informations, que les autorités compétentes mentionnées par les États adoptants dans ces dispositions peuvent néanmoins lever. Les États adoptants souhaiteront peut-être prévoir des règles ou des directives de sorte que ni la passation ni la procédure de révision ne soient trop perturbées, en mettant en place des moyens sûrs et efficaces de transmettre lesdits documents. L'utilisation des technologies de l'information et de la communication (TIC) dans les passations (qui sont examinées dans les sections ** du commentaire général plus haut [**hyperlien**]) facilitera la tâche. Ces directives indiqueront comment accéder aux documents concrètement (par exemple accès physique ou accès virtuel) et prévoiront la possibilité de fournir lesdits documents par étape (par exemple, une liste de tous les documents pourrait d'abord être communiquée à l'instance indépendante, qui déterminera alors les documents utiles pour la demande dont elle est saisie).

58. Le paragraphe 9 énumère les mesures que l'instance indépendante peut prononcer en réponse à une demande en révision. Il admet que des différences existent entre les systèmes juridiques nationaux en ce qui concerne la nature des mesures que les instances de recours quasi judiciaires sont habilitées à ordonner. Lorsqu'ils incorporent la Loi type, les États sont encouragés à adopter l'ensemble des pouvoirs qui, dans leur système juridique, peuvent être accordés à une instance indépendante saisie de telles demandes, de sorte à mettre en place un système de recours efficace comme l'exige la Convention contre la corruption [**hyperlien**]. Les dispositions ont pour but de permettre à l'instance de prendre une décision appropriée sur une demande (y compris, lorsque les circonstances l'exigent, de rejeter la demande). Dans ce contexte, toute suspension en cours d'application au moment où l'instance se prononce sur la demande doit également être levée ou prorogée si elle le juge nécessaire.

59. Certaines dispositions apparaissent entre crochets dans ce paragraphe lorsqu'elles sont facultatives et qu'elles peuvent être modifiées en fonction de la situation de l'État adoptant concerné. Par exemple, les alinéas c) et f) autorisent l'instance indépendante à annuler les actes et décisions de l'entité adjudicatrice, y compris l'attribution d'un marché. Le terme "annuler" employé dans ces dispositions se veut neutre et n'emporte dans la Loi type aucune conséquence

juridique particulière de sorte que l'État adoptant puisse lui-même prévoir les conséquences appropriées compte tenu de sa tradition juridique. Toutefois, lorsque l'instance indépendante ne peut être habilitée à annuler un marché ou à substituer sa propre décision à celle de l'entité adjudicatrice, une autre possibilité serait de lui permettre de casser la décision de l'entité adjudicatrice de sorte que cette dernière soit obligée de prendre une autre décision en tenant compte de la décision de l'instance indépendante[4].

60. Les mesures correctives devraient être considérées comme les mesures les plus importantes et les plus souhaitables, ce qui est le cas dans l'AMP de l'OMC [**hyperlien**]. Le règlement rapide des litiges par des mesures correctives réduit la nécessité d'une réparation pécuniaire, laquelle peut néanmoins en partie remédier à la situation dans un cas donné, par exemple lorsque le marché est entré en vigueur mais qu'il ne serait pas bon d'en empêcher l'exécution. Un système qui ne prévoirait aucun dédommagement (en dehors des frais de saisine) ne permettra donc pas de remédier à toutes les situations, si bien que la question de la réparation pécuniaire devrait être prise en compte dans l'objectif plus vaste de mise en place d'un système de recours efficace.

61. Le paragraphe 9 i) prévoit par conséquent un dédommagement et propose deux possibilités à l'État adoptant. Dans la première possibilité, c'est-à-dire si le texte entre crochets est conservé, un dédommagement peut être exigé pour toute dépense raisonnable engagée par le fournisseur ou l'entrepreneur qui a formé le recours du fait d'un acte illégal, d'une décision illégale ou d'une procédure illégale lors de la procédure de passation du marché. Ces dépenses n'incluent pas le manque à gagner subi du fait de la non-acceptation d'une offre, d'une proposition ou d'un prix du fournisseur ou de l'entrepreneur présentant le recours. Dans la seconde possibilité, les types de pertes susceptibles de donner lieu à réparation (si les dispositions sont incorporées sans le texte entre crochets) sont plus nombreux et pourraient inclure le manque à gagner, le cas échéant. Les États adoptants souhaiteront examiner comment leur système juridique traite le préjudice purement économique afin que le calcul du dédommagement soit cohérent dans l'ensemble du système (et si le demandeur, pour pouvoir prétendre à un dédommagement, devrait être tenu de prouver qu'il aurait remporté le marché en cause si l'entité adjudicatrice n'avait pas violé les dispositions de la Loi). La possibilité d'un dédommagement risquant d'encourager les demandes infondées et de perturber le processus de passation, il serait utile, lorsque le système de recours quasi judiciaire en est à ses débuts, d'assurer un degré adéquat d'incitation à présenter des demandes tout en revoyant le mécanisme à mesure que le système mûrit. L'État adoptant voudra peut-être aussi contrôler le risque d'abus si le pouvoir d'octroyer des dédommagements est détenu par une petite entité ou par quelques personnes[5].

62. Le paragraphe 10 fixe le délai maximum dans lequel l'instance indépendante doit se prononcer sur la demande qu'elle a examinée en détail. Il exige également que cette décision soit rapidement notifiée à toutes les personnes concernées. Avec

---

[4] Le Groupe de travail voudra peut-être compléter le commentaire pour expliquer pourquoi les dispositions autorisant l'instance à prononcer des mesures après l'entrée en vigueur du marché sont facultatives.

[5] Le Groupe de travail a exprimé le souhait que le Guide examine la quantification des dépenses. Il est invité à fournir le commentaire correspondant.

le paragraphe 11, lequel exige que toutes les décisions prises par l'instance indépendante pendant la procédure de révision soient écrites, complètes, motivées et versées au procès-verbal de la procédure de passation, le paragraphe 10 pose une règle de transparence importante, qui vise également à offrir des voies de recours efficaces et effectives et à permettre aux fournisseurs lésés d'engager d'autres actions devant les tribunaux si nécessaire. Les paragraphes 10 et 11 sont semblables aux paragraphes 6 et 8 de l'article 66 [**hyperlien**]; les points examinés aux paragraphes [**] et [**] du commentaire relatif à cet article [**hyperlien**] valent également ici.

63. L'examen des preuves et les modalités de cet examen (par exemple, avec tenue ou non d'une audience) sont des facteurs importants qui déterminent la durée nécessaire de la procédure administrative ou quasi judiciaire et dépendront de la tradition juridique de l'État adoptant concerné. Si l'État adoptant n'a pas déjà prévu de règles détaillées pour les procédures de recours administratif ou quasi judiciaire, il peut les établir dans la loi ou dans les règlements en matière de passation des marchés pour y traiter notamment de la conduite de la procédure de révision, des modalités de présentation des demandes et des questions de preuve.

**Article 68. Droits des participants à une procédure de contestation**

64. L'article 68 veille au respect des garanties de régularité dans la procédure de contestation. Le paragraphe 1, en se référant à tout fournisseur ou entrepreneur participant à la procédure de passation de marché de même qu'à toute autorité publique dont les intérêts pourraient être affectés par la procédure de contestation, établit un large droit de participation à la procédure de contestation, qui ne se limite pas au seul demandeur. Ce droit de participation vise à établir un juste équilibre entre la nécessité d'une procédure de contestation efficace et celle de ne pas trop perturber le processus, ainsi qu'on l'a vu pour le droit général de contestation décrit dans le commentaire relatif à l'article 64 ci-dessus [**hyperlien**]. Il peut être exercé à condition que le fournisseur ou l'entrepreneur, ou un autre participant potentiel, soit en mesure de démontrer que la procédure de contestation peut affecter ses intérêts.

65. Dans ce contexte, les "participants à une procédure de contestation" peuvent varier, en fonction du moment où est engagée cette procédure et de l'objet de la contestation. Il peut même s'agir d'autres "autorités publiques", terme qui désigne toute entité susceptible d'entrer dans la définition d'"entité adjudicatrice" à l'article 2 [**hyperlien**] [ou toute autorité de tutelle ayant participé à la passation en cause**][6]. Par fournisseurs ou entrepreneurs "participant à la procédure de passation de marché", il faut entendre tous ceux qui restent en compétition pendant la procédure, mais non ceux qui ont été éliminés lors de la préqualification ou d'une étape similaire au début de la procédure, sauf si la contestation vise la décision ou l'acte pris par l'entité adjudicatrice lors de cette étape.

66. Le paragraphe 2 consacre le droit de l'entité adjudicatrice de participer à la procédure de contestation devant une instance indépendante.

---

[6] Le Groupe de travail voudra peut-être envisager de mentionner également d'autres entités du secteur public qui entendraient utiliser un accord-cadre.

67. Le paragraphe 3 énonce les droits fondamentaux des participants à la procédure de contestation. Le plus important d'entre eux est le droit d'être entendu, d'avoir accès à l'ensemble de la procédure et de présenter des preuves. Ces droits sont conférés à ceux qui se trouvent mentionnés aux paragraphes 1 et 2 de l'article mais non à quiconque assisterait à une audience publique (par exemple des journalistes). L'instance indépendante peut donner accès au dossier de la procédure de contestation (qui, selon l'article 67-8 [**hyperlien**], contient le procès-verbal de la procédure de passation de marché). Les participants à la procédure devront démontrer en quoi les documents auxquels ils demandent l'accès présentent un intérêt pour eux: cette mesure permet à l'instance indépendante de garder le contrôle effectif de la procédure et d'empêcher les tentatives de pêche aux informations de la part des fournisseurs ou entrepreneurs. L'accès au dossier est également soumis aux règles de confidentialité énoncées à l'article 69 [**hyperlien**]. Des règles procédurales rigoureuses seront nécessaires pour que, dans chaque procédure, les questions soient examinées au niveau de détail approprié et avec rapidité.

**Article 69. Confidentialité dans une procédure de contestation**

68. L'article a été inclus dans le chapitre VIII pour appliquer les principes de confidentialité énoncés dans l'article 24 [**hyperlien**] aux procédures de contestation, et en particulier aux procédures devant l'instance indépendante (auxquelles ne s'applique pas l'article 24).

# VII. TRAVAUX FUTURS POSSIBLES

## A. Passation de marchés et développement des infrastructures: travaux futurs possibles (A/CN.9/755)

**[Original: anglais]**

# I. Travaux futurs

## A. Introduction

1. Lors des sessions qu'il a tenues en 2010-2012, le Groupe de travail I a procédé à des échanges de vues préliminaires sur des sujets ayant trait à la passation des marchés publics qui pourraient faire l'objet de travaux futurs et être soumis à la Commission pour examen en temps utile. Dans le rapport sur les travaux de sa vingt et unième session (A/CN.9/745, par. 38 à 41), il avait recensé les sujets possibles suivants:

a) Aspects de la passation des marchés publics qui n'étaient pas traités dans la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics (adoptée par la Commission à sa quarante-quatrième session, en 2011)[1], notamment la phase de la procédure de passation concernant l'administration des marchés, la suspension et l'exclusion, les règles sur le respect des dispositions par les entreprises, et les questions concernant l'achat public responsable et l'environnement. À une session précédente, le Groupe de travail avait indiqué que la planification des marchés était aussi un aspect pertinent de la passation des marchés publics qui n'était pas traité dans la Loi type[2];

b) Harmonisation des dispositions régissant les aspects liés à la passation de marchés publics du Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé (PIFP) (2000) et des Dispositions législatives types (2003) avec celles de la Loi type;

c) Regroupement du Guide législatif et des Dispositions législatives types (c'est-à-dire les instruments de la CNUDCI sur les PIFP);

d) Identification d'autres thèmes qui devraient être traités dans un texte moderne sur les PIFP (comme le contrôle et la promotion du recours à des mesures nationales de règlement des différends plutôt qu'à des organes internationaux); et

e) Élargissement du champ d'application des instruments actuels de la CNUDCI sur les PIFP dans les textes futurs, de manière à englober des formes de financement privé pour le développement des infrastructures et les opérations connexes qui ne sont pas couvertes à l'heure actuelle, comme les partenariats

---

[1] Consultable à l'adresse www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/procurement_infrastructure.html.

[2] A/CN.9/718, par. 138. Les documents de travail et les rapports sur les travaux des sessions du Groupe de travail I peuvent être consultés à l'adresse www.uncitral.org/uncitral/fr/commission/working_groups/1Procurement.html.

public-privé qui ne portent pas sur le développement des infrastructures, les concessions de ressources naturelles et la fourniture privée de services précédemment assurés par les pouvoirs publics.

2. La présente note examine successivement ces différents sujets.

## B. Informations générales sur les sujets proposés pour les travaux futurs possibles

### 1. Aspects de la passation des marchés publics non traités dans la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics

#### a) Gestion/administration des marchés

3. Comme l'a noté le Groupe de travail, le cycle de la passation de marchés comporte trois étapes principales: 1) la planification et la budgétisation avant le début de la procédure de passation, 2) la sélection des fournisseurs et 3) la gestion et l'administration des marchés[3]. Cette approche, suivie par d'autres organismes qui s'occupent de la réforme de la passation de marchés et des commentateurs, est reflétée dans les Principes annexés à la Recommandation de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) sur le renforcement de l'intégrité dans les marchés publics, qui définissent le cycle de la passation comme "partant de l'évaluation des besoins au stade de l'attribution, jusqu'à la gestion du contrat et à son paiement final"[4]. La Convention des Nations Unies contre la corruption (2003) prévoit, à l'article 9-2, qu'un système de passation doit comprendre des systèmes efficaces de gestion des risques et de contrôle interne, exigence qui de toute évidence ne se limite pas à la deuxième étape[5].

4. Le Groupe de travail a toutefois décidé que la Loi type ne couvrirait pas la troisième étape et qu'elle ne traiterait que certains aspects de la première étape. (À cet égard, la Loi type reproduit la portée de nombreuses législations nationales et internationales sur la passation de marchés.) Il a noté en particulier que ces étapes relevaient peut-être plutôt de la législation budgétaire (planification des marchés) ou du droit des contrats (administration des marchés) que de la législation sur la passation de marchés[6]. Il a néanmoins estimé que les trois étapes faisaient partie

---

[3] Document A/CN.9/WG.I/XIII/INF.2, par. 31 (en anglais seulement), dont le Groupe de travail était saisi à sa treizième session. Parmi les termes utilisés pour désigner cette étape figurent la gestion des marchés, l'exécution des marchés et l'administration des marchés. Si des travaux sont entrepris dans ce domaine, ils porteront peut-être aussi sur les questions de terminologie. Dans la présente note, on utilise le terme "gestion des marchés", car c'est celui qui a le sens le plus vaste.

[4] Principes de l'OCDE pour renforcer l'intégrité dans les marchés publics, 2009, Définitions, p. 139, consultables à l'adresse www.oecd-ilibrary.org/governance/principes-de-l-ocde-pour-renforcer-l-integrite-dans-les-marches-publics_9789264056626-fr.

[5] Article 9-2: "2. Chaque État Partie prend, conformément aux principes fondamentaux de son système juridique, des mesures appropriées pour promouvoir la transparence et la responsabilité dans la gestion des finances publiques. Ces mesures comprennent notamment: [...] d) Des systèmes efficaces de gestion des risques et de contrôle interne...". Le texte peut être consulté à l'adresse www.unodc.org/unodc/fr/treaties/CAC/index.html.

[6] Voir par exemple A/CN.9/590, par. 13 et A/CN.9/595, par. 80 à 82, qui renvoie au document A/CN.9/WG.I/WP.42, par. 36 à 48.

intégrante du cycle de la passation[7], et que le Guide pour l'incorporation accompagnant la Loi type devrait les examiner en détail[8].

5. L'étape de la gestion des contrats vise avant tout à assurer l'exécution du marché, c'est-à-dire à garantir que les biens, travaux ou services concernés seront fournis dans la quantité et selon la qualité requises, au prix et au moment convenus, et à éviter les abus. Ces objectifs correspondent à ceux de la recherche du meilleur rapport qualité-prix et de la protection contre les abus pendant le processus de passation même. Comme Transparency International, parmi d'autres, l'a fait remarquer récemment, cette étape du cycle ainsi que la planification des marchés sont "de plus en plus exposées à la corruption"[9]. C'est peut-être la conséquence des réformes visant à réglementer la phase de sélection. Parmi les cas d'abus rencontrés dans la pratique, on mentionnera le vol d'équipements avant leur livraison, le défaut de surveillance lié dans certains cas à la collusion entre les entrepreneurs et les agents publics chargés du contrôle, la falsification des comptes, les détournements dans l'affectation des coûts, etc.[10]

6. L'exécution du marché comporte plusieurs étapes qui varient en fonction de la complexité de l'objet du marché: cela va de la réception de la livraison et du paiement, pour une passation de marché simple, à un programme complet impliquant ingénieurs, géomètres, directeurs de projet, auditeurs, etc. dans les cas complexes.

7. Le projet de guide pour l'incorporation de la Loi type traite la gestion des contrats de la manière suivante: "La phase d'administration du marché, si elle est mal conduite, peut nuire à l'intégrité du processus de passation de marchés et compromettre les objectifs de la Loi type que sont le traitement équitable, la concurrence et la prévention de la corruption, par exemple si des modifications du marché augmentent considérablement le prix final, si une qualité inférieure est acceptée, si les retards de paiement sont habituels et si des litiges interrompent l'exécution du marché. Le Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé (2000) contient des propositions détaillées pour l'administration des marchés complexes comportant un financement privé: nombre des commentaires faits dans cet instrument valent également pour l'administration de tous les marchés, en particulier pour les projets complexes."[11]

8. Le Guide législatif comme d'autres textes recommandent, afin de réduire les risques liés à l'exécution du contrat, de prévoir des dispositions adéquates dans les clauses de l'accord de projet (qui devraient couvrir la propriété des actifs, les

---

[7] Ibid.

[8] A/CN.9/590, par. 13.

[9] Manuel de Transparency International intitulé "Curbing Corruption in Public Procurement" (2007). Consultable à l'adresse www.transparency.org/whatwedo/pub/handbook_for_curbing_corruption_in_public_procurement.

[10] Principes de l'OCDE pour renforcer l'intégrité dans les marchés publics, *supra*, p. 81, et "A Guide to best practices for contract administration", Office of Federal Procurement Policy (OFPP), 1994, consultable à l'adresse www.gsa.gov/graphics/fas/BestPracticesContractAdministration.pdf.

[11] Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, première partie, Remarques générales, "Application des principes de la Loi type à toutes les étapes du cycle de passation de marchés: planification et administration des marchés", A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.1, par. 27.

arrangements financiers, les sûretés, les cessions, l'examen et l'approbation des plans, les variations des termes du projet, les pouvoirs de surveillance de l'entité gouvernementale, l'exploitation des infrastructures, et les conditions contractuelles générales telles que la sous-traitance, les responsabilités et garanties, les modifications des conditions et les manquements au contrat et dédommagements). Le Guide législatif traite en outre de la durée, la prorogation et la résiliation de l'accord de projet, ainsi que de la prévention et du règlement des différends. D'autres textes recommandent l'utilisation d'outils de gestion des projets tels que les calendriers d'exécution des travaux, la définition des responsabilités pour chaque tâche (comme la livraison et l'inspection), une conception claire du pouvoir des fonctionnaires concernés et de la hiérarchie, des procédures de paiement définies et des outils de communication et de conservation des documents[12].

9. Si elle décide qu'il serait approprié de mener des travaux dans ce domaine, la Commission pourra aussi examiner la question de savoir si une réglementation devrait tenir compte du cadre juridique de la gestion de contrats défini dans le contrat (dont les conditions ne sont pas régies par la Loi type); dans ce cas, il pourrait être difficile de traiter de la gestion des contrats sans traiter des conditions contractuelles. Les conditions contractuelles générales pour un marché standard sont prévues par de nombreuses entités adjudicatrices, y compris l'ONU[13] et la Banque mondiale[14], et des contrats spécialisés qui peuvent être adaptés aux exigences de l'espèce sont diffusés, entre autres, par la Fédération internationale des ingénieurs-conseils (la FIDIC, qui a élaboré une série de contrats de construction)[15].

10. Selon un autre avis, le cycle de la passation de marchés ne se termine qu'à la fin de la durée de vie utile d'un bien ou à la fin d'un contrat de services[16]. Certains pays ont suivi cette approche dans leur législation sur la passation, qui couvre la disposition de biens publics[17]. Par conséquent, la Commission voudra peut-être aussi déterminer s'il convient d'examiner la question de la vente de biens publics (la question de la cession de ressources nationales est également examinée ci-dessous dans le contexte de la portée des instruments sur les PIFP).

---

12 Voir par exemple OCDE, *supra*, p. 80 à 83, OFPP, *supra*, et "Best Practices in Contract Management" par Rene G. Rendon (consultable à l'adresse www.ism.ws/files/Pubs/Proceedings/GGRendon.pdf), qui fait référence à Gregg A. Garrett, Rene G. Rendon, Contract Management: Organizational Assessment Tools, National Contract Management Association, 2005).

13 Voir www.un.org/Depts/ptd/conditions.htm.

14 Voir un exemple de ces conditions générales pour les marchés de biens à l'adresse http://go.worldbank.org/SOTGACP3U0.

15 Voir www.fidic.org/.

16 Review of Civil Procurement in Central Government, Peter Gershon, 1999, reproduit dans "Getting value for money from procurement", National Audit Office, Royaume-Uni, consultable à l'adresse http://web.nao.org.uk/search/search.aspx?Schema=&terms=Getting+value+for+money+from+procurement.

17 Voir par exemple la *Kenya Public Procurement and Disposal Act* (loi kényane sur les marchés publics (achat et vente) de 2005), la *Uganda Public Procurement and Disposal of Public Assets Act* (loi ougandaise sur les marchés publics et la vente de biens publics de 2003) et la *Nigeria Public Procurement Act* (loi nigériane sur les marchés publics de 2007).

**b) Planification des marchés**

11. Constatant l'importance de cette étape du cycle, le Groupe de travail a estimé qu'il serait peut-être plus facile de traiter dans la Loi type et/ou le Guide la question de la planification des marchés que celle de la gestion des marchés[18]. À cet égard, il a rappelé que la Loi type traitait certains aspects de la planification des marchés, comme la définition des conditions de la passation (y compris une description des besoins et des spécifications aux termes de l'article 10), les personnes autorisées à participer (art. 8 et 9), la manière dont la soumission à retenir était déterminée (art. 11) et le choix de la méthode de passation et des moyens de sollicitation (chap. II). Elle encourageait par ailleurs la publication d'informations sur les possibilités de marchés à venir (art. 6, par exemple sous la forme de projets de marché). En outre, il est dit dans le Guide que la pratique de la notification préalable "présente généralement l'avantage d'améliorer la gestion, la gouvernance et la transparence dans la passation des marchés. Plus concrètement, elle encourage la planification des marchés et renforce la discipline dans les procédures de passation et peut réduire les cas, par exemple, de recours injustifié à des méthodes destinées aux situations d'urgence (si l'urgence est due à un manque de planification) et de segmentation des marchés pour éviter l'application de règles plus strictes. Cette pratique peut également être avantageuse pour les fournisseurs et entrepreneurs en leur permettant de définir les besoins, de planifier l'allocation des ressources nécessaires et d'entreprendre d'autres préparatifs en vue de participer à des marchés futurs."[19]

12. L'évaluation des besoins ainsi que la planification et la budgétisation au sens large ne sont pas autrement traitées dans la Loi type, ni dans le Guide. Pour ce qui est de l'évaluation des besoins, l'OCDE précise que pour réduire l'asymétrie de l'information entre le secteur privé et l'entité adjudicatrice, qui peut être source de corruption, il faut réunir des informations sur le marché, voire organiser des échanges de vue à ce sujet. Elle estime également qu'il faut évaluer la nécessité de l'acquisition à l'aide d'objectifs et de critères définis et que des mesures visant à promouvoir la transparence doivent être prévues dans ce processus. Pour ce qui est de la planification et de la budgétisation, elle recommande d'évaluer le marché en fonction des priorités stratégiques de l'organisation, d'établir un calendrier et une estimation budgétaire raisonnables, de préparer un argumentaire de rentabilité, de répartir adéquatement les responsabilités en matière de prise de décisions et de tenir compte des impératifs de transparence dans la procédure de passation[20]. Ces points sont repris dans le Guide législatif[21].

**c) Suspension et exclusion**

13. La suspension et l'exclusion de fournisseurs ou entrepreneurs (on parle aussi d'inscription sur une "liste noire") sont des sanctions qui peuvent être imposées par une entité adjudicatrice. Selon un avis, ces mesures visent à garantir que les

---

18 A/CN.9/595, par. 80 à 82.

19 Projet de guide pour l'incorporation, première partie, Remarques générales, "Application des principes de la Loi type à toutes les étapes du cycle de passation de marchés: planification et administration des marchés", par. 26.

20 Principes de l'OCDE pour renforcer l'intégrité dans les marchés publics, *supra*, p. 65 à 67.

21 Voir par exemple chapitre II, "Sélection du concessionnaire" du Guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé, partie A.4 "Préparatifs pour la procédure de sélection".

gouvernements ne traiteront qu'avec des fournisseurs ou entrepreneurs potentiels qui rempliront leurs obligations juridiques et contractuelles, en excluant ceux qui ont manqué à ces obligations par le passé. Selon un autre avis, un régime d'exclusion fait partie d'un régime de sanctions approprié dans le cadre des procédures de passation. L'exclusion signifie qu'un fournisseur ou entrepreneur n'a pas le droit de soumissionner pour des marchés publics pendant une certaine période, lorsqu'une irrégularité ou autre comportement illégal a été établi; la suspension désigne généralement une exclusion temporaire, par exemple pendant la durée de l'enquête sur une allégation d'irrégularité.

14. Il est dit dans le Guide technique de la Convention des Nations Unies contre la corruption qu'un organisme public de passation ou autre organisme similaire doit prévoir des politiques et procédures relatives à l'exclusion[22] de manière à appliquer les dispositions de l'article 9 sur la passation des marchés publics et la gestion des finances publiques.

15. L'article 21 de la Loi type traite de l'exclusion d'un fournisseur ou entrepreneur de la procédure de passation de marché au motif de tentatives d'incitations ou d'incitations réelles de sa part, d'un avantage concurrentiel injuste ou d'un conflit d'intérêts. Il fournit une liste exhaustive des motifs justifiant l'exclusion obligatoire d'un fournisseur ou entrepreneur de la procédure, pour des raisons liées à un abus plutôt qu'aux informations concernant les qualifications ou au contenu de la soumission même. Il ne traite pas de l'exclusion d'un fournisseur ou entrepreneur des marchés futurs, contrairement à de nombreux autres systèmes, y compris ceux des banques multilatérales de développement.

16. Aux niveaux international et régional, on trouve des exemples de systèmes d'exclusion. Le système de la Banque mondiale repose sur un processus administratif qui relève des Procédures du Comité des sanctions. De leur côté, les banques multilatérales de développement ont conclu un Accord d'exécution mutuelle des décisions d'exclusion (entré en vigueur en juillet 2011)[23]. L'article 45 de la Directive 2004/18/CE relative aux marchés publics et l'article 39 de la Directive 2009/81/CE relative à la passation de marchés dans le domaine de la défense contiennent des dispositions relatives à l'exclusion obligatoire de la participation aux marchés publics des entreprises qui se sont rendues coupables de corruption, de fraude, de blanchiment de capitaux et de participation à une organisation criminelle.

17. Dans toutes les régions, des systèmes nationaux prévoient l'exclusion, même si celle-ci n'est pas toujours régie par la législation primaire sur les marchés publics. On mentionnera notamment les exemples suivants dans chaque région: Argentine (décret n° 1023/01, art. 28); États-Unis (règlement sur les achats fédéraux, partie 9.4 – exclusion, suspension et inéligibilité); République tchèque (décret n° 1199 du Gouvernement de la République tchèque daté du 25 octobre 2006); Nigéria (art. 6-1 e) de la loi sur les marchés publics de 2007). À Singapour,

---

[22] Page 67, "II.7. Prévention de l'usage impropre des procédures de réglementation des entités privées". Consultable à l'adresse www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/TechnicalGuide/10-53540_Ebook_f.pdf.

[23] Pour plus de détails, voir http://web.worldbank.org/external/default/main?theSitePK=84266&contentMDK=64069844&menuPK=116730&pagePK=64148989&piPK=64148984.

le pouvoir de prononcer l'exclusion est régi par la loi sur la prévention de la corruption, et il est exercé par le Comité permanent pour les exclusions[24].

18. Si la Commission estime qu'elle devrait mener des travaux sur l'exclusion et les questions connexes, elle voudra peut-être donner des indications quant à la portée de tels travaux et préciser s'ils devraient englober la question des exigences de régularité de la procédure, garantir une application cohérente, assurer la proportionnalité et l'équité, envisager l'exclusion obligatoire et/ou discrétionnaire, déterminer si la fonction d'exclusion doit être centralisée, examiner les questions concernant la transparence, les délais (et les moyens d'être supprimé de la liste noire)[25], ainsi que les mesures prises par le fournisseur pour redresser sa situation personnelle ("self-cleaning")[26].

**d) Règles sur le respect des dispositions par les entreprises**

19. La Loi type réglemente les activités de l'État et de l'entité adjudicatrice, mais non celles du fournisseur ou de l'entrepreneur, sauf en ce qui concerne les sanctions prévues en cas de comportement interdit en vertu de l'article 21 de la Loi type. Il a été suggéré au Groupe de travail que, compte tenu des nouvelles approches envisagées dans un État, les règles et normes devraient être appliquées au fournisseur ou à l'entrepreneur. On a fait observer que l'objet était d'appeler l'attention des fournisseurs sur les risques de poursuites en cas de fraude et de corruption lors de la passation, et de les encourager à suivre des mesures de prévention précises (tenant compte des obligations incombant à l'entité adjudicatrice et du champ d'application de l'article 21 de la Loi type exposé ci-dessus). Le Groupe de travail n'a pas jugé opportun d'élargir le champ d'application de la Loi type dans ce sens, mais la Commission voudra peut-être examiner la question, le cas échéant dans le contexte des mesures d'exclusion ou des mesures prises par le fournisseur pour redresser sa situation personnelle ("self-cleaning") (voir ci-dessus), ou encore des mesures adoptées pour assurer le respect des dispositions par les sous-traitants.

**e) Achat responsable et questions d'environnement**

20. S'agissant de la mise en place de procédures de passation de marché responsables, on a fait observer qu'il s'agissait là d'une question de portée à la fois nationale et internationale, comme il ressortait de la recommandation du Sommet "Planète Terre" de Johannesburg selon laquelle il fallait que les autorités compétentes, à tous les niveaux, promeuvent des politiques de passation des marchés publics qui encouragent la création et la diffusion de biens et de services

---

24 Voir le document de la BAD et de l'OCDE intitulé "ADB/OECD Anti-Corruption Initiative for Asia and the Pacific, Anti-corruption policies in Asia and the Pacific: Thematic review on provisions and practices to curb corruption in public procurement, Self-assessment report Singapore", consultable à l'adresse www.oecd.org/dataoecd/53/54/35054589.pdf.

25 Voir par exemple les recommandations de Transparency International relatives à la mise en place d'un système d'exclusion efficace à l'échelle de l'UE, 2006, consultables à l'adresse www.eib.org/attachments/strategies/TI_EU_debarment_recommendations.pdf.

26 Processus permettant à des fournisseurs qui, autrement, seraient exclus de la passation en raison d'une condamnation pour corruption ou certaines autres infractions, de participer à des marchés futurs au motif qu'ils ont pris des mesures pour réparer les conséquences de leurs actes.

respectueux de l'environnement[27]. Le Programme des Nations Unies pour l'environnement, par exemple, noue des partenariats avec divers organismes, comme la Banque mondiale, le Centre international de formation de l'Organisation internationale du Travail, la Ligue des États arabes et le Conseil international pour les initiatives écologiques communales, ainsi qu'avec des gouvernements nationaux pour promouvoir des procédures de passation de marché responsables[28].

21. Le Groupe de travail n'a pas retenu une proposition tendant à inclure le principe d'"achat responsable" au nombre des objectifs de la Loi type[29]. Il a toutefois estimé que, compte tenu de l'attention croissante accordée à cette question, des travaux futurs dans ce domaine seraient peut-être opportuns[30].

22. Le projet de guide pour l'incorporation évoque la question comme suit: "[La] Commission a noté qu'il n'y avait pas de définition communément admise de la passation de marchés responsable mais qu'on considérait généralement qu'elle supposait une vision à long terme de la politique de passation de marchés, se traduisant par l'examen de l'ensemble des effets de la passation du marché sur la société et l'environnement de l'État adoptant (par exemple en favorisant l'évaluation des coûts sur le cycle de vie, des coûts de mise hors service de l'objet du marché et de l'impact sur l'environnement). À cet égard, la passation de marchés responsable peut être considérée dans une large mesure comme l'application des meilleures pratiques envisagées dans la Loi type. Pour cette raison, elle ne figure pas dans le Préambule comme un objectif distinct mais est traitée comme un élément des processus mis en œuvre en vertu de la Loi type. Le terme passation de marchés responsable peut aussi être utilisé comme un terme générique pour désigner la prise en compte dans la passation de marchés de politiques sociales, économiques et environnementales, tels que des facteurs "sociaux" (conditions d'emploi, inclusion sociale, lutte contre la discrimination), des facteurs "éthiques" (droits de l'homme, travail des enfants, travail forcé), et passation de marchés soucieuse de l'environnement. La souplesse de la Loi type pour ce qui est d'appliquer ainsi ces politiques socioéconomiques est examinée en détail [dans le commentaire relatif aux articles 8 à 11][31].

23. La Commission voudra peut-être se demander si de nouveaux travaux d'ordre législatif sont nécessaires dans ce domaine, ou si la Loi type prévoit déjà les outils voulus, complétés par le commentaire ci-dessus dans le Guide pour l'incorporation. Dans ce dernier cas, elle voudra peut-être prendre des mesures pour signaler à l'attention des organismes œuvrant dans ce domaine l'approche retenue dans la Loi type.

---

27 Tiré de "Sustainable procurement – making it happen", UK Government, consultable à l'adresse www.idea.gov.uk/idk/aio/69979.

28 Pour plus de détails, voir www.unep.fr/scp/procurement/.

29 Cette proposition avait été formulée lors de consultations intersessions; voir A/CN.9/WG.I/WP.71, par. 32 a).

30 A/CN.9/713, par. 142.

31 Projet de guide pour l'incorporation, Remarques générales, *supra*, par. 34 à 44.

### 2. Harmonisation des dispositions régissant la passation des marchés dans les instruments de la CNUDCI sur les PIFP et des dispositions régissant les méthodes de passation correspondantes dans la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics

24. Le Groupe de travail a relevé l'importance de la compatibilité entre la Loi type et les instruments sur les PIFP[32]. Dans le Guide législatif, il est noté que la méthode retenue pour choisir le concessionnaire se fonde sur "la principale méthode de passation des marchés de services" prévue en vertu de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services de 1994[33]. Le texte de la Loi type de 2011 ne prévoit plus cette méthode de passation, mais une méthode de passation de marchés complexes dénommée "Demande de propositions avec dialogue" (art. 49) renferme certaines des caractéristiques de la sélection du concessionnaire prévues en vertu des recommandations et du commentaire dans le Guide législatif, y compris la procédure de présélection. Les caractéristiques communes dans cette procédure de sélection et dans l'article 49 de la Loi type sont notamment les suivantes: publication initiale ouverte, procédure de présélection, contenu prédéterminé des invitations à participer, normes techniques minimales et critères d'évaluation préalablement indiqués. Néanmoins, les dispositions de l'article 49 et la teneur des recommandations ne sont pas identiques. Ainsi, les premières sont plus détaillées et imposent des exigences supplémentaires (concernant notamment les critères d'évaluation). La Commission voudra donc peut-être mettre à jour le Guide législatif en ce qui concerne la sélection du concessionnaire pour tenir compte des dispositions pertinentes de la Loi type.

### 3. Dispositions supplémentaires pour élaborer un texte actualisé sur les PIFP

#### a) Surveillance

25. Le fait d'associer, d'une part, des procédures de passation préalablement prescrites et, d'autre part, l'obligation d'établir un procès-verbal de chaque procédure de passation (en vertu de l'article 25 de la Loi type) a pour objet de faciliter la surveillance de la procédure de passation. Selon la recommandation 38 du Guide législatif, des informations équivalentes devraient être consignées pour la procédure de sélection. Le Guide législatif aborde également les questions suivantes: surveillance réglementaire de la procédure de sélection, approbation du marché, obligation de contrôle et respect des dispositions contractuelles, conditions énoncées dans les licences, etc., sanctions et règlement des différends[34]. S'agissant de l'exploitation de l'infrastructure et de l'ouvrage, le Guide législatif prévoit que l'autorité contractante ou un organisme de réglementation indépendant peut exercer la fonction de surveillance, en particulier lorsque l'on peut s'attendre à l'adoption de prescriptions légales pour la prestation de services publics ou à des modifications de la réglementation (qui peuvent influer sur la viabilité du projet).

26. Il est noté dans le Guide législatif qu'"un examen approfondi des aspects juridiques relatifs aux conditions d'exploitation des infrastructures dépasserait le

---

[32] A/CN.9/713, par. 142.

[33] Consultable à l'adresse www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/procurement_infrastructure.html.

[34] Voir chapitre premier, "Cadre législatif et institutionnel général", par. 30 à 53.

cadre du […] Guide"[35]. Compte tenu des modifications pouvant être apportées à la réglementation et de l'usage de mécanismes contractuels tels que les clauses de stabilisation qui sont parfois mises à profit dans ce contexte (et qui ont fait l'objet de nombreux commentaires défavorables)[36], la Commission voudra peut-être envisager d'examiner plus avant les questions de surveillance.

**b) Promotion des mesures de règlement des différends à l'échelle nationale**

27. Lors de son Congrès organisé en 2007 sur le thème "Un droit moderne pour le commerce mondial", la CNUDCI a été instamment priée de recenser a) les éléments nécessaires à un régime national efficace de prévention et de règlement des différends entre l'organisme de réglementation et l'exploitant dans le cadre des concessions et b) les meilleures pratiques pertinentes. L'objectif des travaux à entreprendre dans ce domaine, a-t-il été dit, était de remédier à l'incapacité des pays de gérer convenablement les litiges découlant de la réglementation d'un nombre de plus en plus grand de secteurs privatisés de l'économie, autrefois considérés comme relevant essentiellement de la responsabilité de l'État et, partant, de lever les obstacles à l'investissement privé dans ces secteurs. Bien que le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) puisse probablement être à même de s'occuper de certains de ces litiges, on a estimé qu'il était important d'encourager une action locale dans l'État bénéficiaire concerné.

28. Il a été proposé que la CNUDCI élabore un mécanisme national de prévention et de règlement des différends, en s'appuyant sur les dispositions pertinentes énoncées au chapitre VI du Guide législatif, et en prenant en compte la question du for approprié. Le contenu d'un texte éventuel sur ce thème pourrait inclure une clause dans les accords et règlements prévoyant l'échange régulier d'informations entre l'organisme de réglementation et l'exploitant; un système d'"alerte précoce" à mesure que des problèmes se posent; des mécanismes permanents le cas échéant (analogues aux conseils d'examen des marchés, ou un autre mécanisme permanent permettant de recourir à des services d'experts indépendants) pour s'attaquer aux problèmes dès qu'ils se manifestent, en veillant à ce que l'organe de réglementation applique les règles conformément à la loi et à ce que l'exploitant se conforme aux prescriptions pertinentes de bonne foi. Outre ces dispositions, il a été recommandé que le mécanisme de règlement des différends (y compris en ce qui concerne la sélection des membres de l'organe concerné et l'exigence de compétence) et le dispositif administratif connexe soient indépendants de toute considération d'ordre politique et de la politique publique à court terme, et soient perçus comme tels[37].

---

[35] Voir chapitre IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure…", section I, "Exploitation de l'infrastructure", par. 80.

[36] Voir par exemple, "Stabilization Clauses and Human Rights: A research project conducted for IFC and the United Nations Special Representative to the Secretary General on Business and Human Rights", 2008, consultable à l'adresse www.ifc.org/ifcext/enviro.nsf/AttachmentsByTitle/p_StabilizationClausesandHumanRights/$FILE/Stabilization+Paper.pdf et "Freezing government policy: Stabilization clauses in investment contracts", R. Howse, 2011, consultable à l'adresse www.iisd.org/itn/2011/04/04/freezing-government-policy-stabilization-clauses-in-investment-contracts-2/.

[37] Voir les pages 351 à 363 des actes du Congrès de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, tenu à l'occasion de la quarantième session de la Commission, Vienne, 9-12 juillet 2007, consultable (en anglais seulement) à l'adresse

### 4. Regroupement des textes des instruments de la CNUDCI sur les PIFP

29. En 2001, la Commission a prié le Secrétariat de regrouper en temps utile les textes des instruments sur les PIFP en une seule publication et, ce faisant, de conserver les recommandations concernant la législation qui figuraient dans le Guide législatif comme point de départ des Dispositions législatives types qui étaient alors en cours d'élaboration[38]. Si la Commission décide de procéder à ce regroupement, elle voudra peut-être aussi faire en sorte que toutes les questions examinées dans le Guide législatif soient prises en compte dans ses recommandations et Dispositions législatives types (le commentaire figurant dans le Guide législatif a une plus large portée que les recommandations et les Dispositions législatives types).

### 5. Élargissement du champ d'application des instruments sur les PIFP afin d'inclure certaines formes de financement privé dans le développement des infrastructures et des opérations connexes non visées actuellement dans les instruments sur les PIFP

30. Les partenariats public-privé constituent désormais des mécanismes bien établis à l'appui du développement des infrastructures. Ces partenariats donnent lieu à de nombreuses définitions, mais comme l'a expliqué la Banque mondiale, le terme a pris un sens très large dont l'élément principal est toutefois l'existence d'une approche de la fourniture d'infrastructures axée sur le partenariat, par opposition à une relation "fournisseur" sans liens de dépendance. Soit chacune des parties assume la responsabilité d'un élément de l'ensemble de l'entreprise et les deux parties travaillent de concert, soit les deux parties assument la responsabilité conjointe de chaque élément. Le partenariat public-privé suppose le partage des risques, des responsabilités et des bénéfices et il s'inscrit dans un contexte de rentabilité pour le contribuable[39]. On peut donc considérer que le terme "partenariat public-privé" a une connotation plus large que le terme PIFP, en ce sens que le secteur privé peut apporter des contributions non financières. Néanmoins, on considère d'une manière générale que les partenariats public-privé et les PIFP sont des outils à peu près équivalents.

31. De l'avis de certains, les définitions des partenariats public-privé renvoient aussi à d'autres moyens mis à profit par les pouvoirs publics pour fournir des services, notamment à travers la sous-traitance ou la cession d'actifs ou d'entreprises détenus par l'État à cette fin. Selon un avis, les partenariats public-privé ont évolué et englobent désormais les marchés d'infrastructures sociales et les services annexes qui y sont associés, notamment le logement, la santé, les établissements pénitentiaires, l'énergie, l'eau et le traitement des déchets[40]. Une des caractéristiques principales de ces partenariats est la fourniture par des tiers de ce qui était autrefois des services publics. Le Guide législatif ne

---

www.uncitral.org/pdf/english/congress/09-83930_Ebook.pdf.

[38] À sa trente-cinquième session; voir A/58/17, par. 171.

[39] Banque mondiale, 2003. Voir également http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/.

[40] New South Wales Treasury (2009): New South Wales Public-Private Partnerships – An Evolution, cité dans Public-Private Partnerships, Literature Review – Draft, G. Palmer, Aid Delivery Methods Programme, 2009 (consultable à l'adresse www.dpwg-lgd.org/cms/upload/pdf/PublicPrivatePartnership__Lit__Review.doc).

traite pas de la fourniture de ces services, sauf dans le cadre du développement des infrastructures.

32. Dans l'introduction du Guide législatif, il est indiqué ce qui suit: "Le Guide accorde une attention spéciale aux projets d'infrastructure qui comportent une obligation, de la part des investisseurs sélectionnés, d'entreprendre des travaux de construction, de réparation ou d'extension en échange du droit de faire payer, soit au public, soit à une autorité publique, l'utilisation de l'infrastructure ou les services qu'elle fournit. Bien que de tels projets soient parfois associés à d'autres opérations ayant pour but de 'privatiser' des fonctions ou des biens de l'État, le Guide ne vise pas les opérations de 'privatisation' qui ne se rapportent pas à la construction et à l'exploitation d'une infrastructure publique. Le Guide ne vise pas non plus les projets d'exploitation de ressources naturelles, tels que les projets d'extraction minière ou d'exploitation de pétrole ou de gaz dans le cadre d'une 'concession', d'une 'licence' ou d'un 'permis' délivré par les autorités publiques du pays hôte"[41]. Il a été noté que ce type d'opération pouvait s'accompagner du transfert au secteur privé de ressources ou de terres naturelles communes, transfert qui dans certains cas se serait fait au mépris des droits de propriété sur ces terres, avec des conséquences néfastes sur l'environnement et sans la transparence voulue[42]. Ces informations font également apparaître une forte augmentation des projets impliquant la cession de terres et d'autres ressources naturelles[43].

33. On a fait observer que bon nombre des recommandations du Guide législatif s'appliqueraient à ces opérations qui n'avaient pas été prises en compte. En fait, le document de l'OCDE intitulé "Basic Elements of a Law on Concession Agreements" (Éléments essentiels d'une loi sur les accords de concession), établi en collaboration avec la Bourse d'Istanbul et des experts régionaux, aborde tous les types de concession[44]. Compte tenu de l'importance croissante de ces opérations, la Commission voudra peut-être se demander si le champ d'application du Guide législatif devrait être élargi pour les prendre en considération. Elle voudra peut-être aussi tenir compte du champ d'application envisagé dans la proposition de directive de la Commission européenne sur l'attribution de contrats de concession[45].

34. La Commission se rappellera peut-être qu'il est indiqué dans le Guide législatif que, pour être efficaces, les projets d'infrastructure doivent "concilier, d'une part, le souhait de faciliter et d'encourager la participation du secteur privé

---

41 Voir Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé, par. 8.

42 Voir Revue de droit uniforme, NS – Vol. XVII 2012, Devising Transparent and Efficient Concession Award Procedures, C. Nicholas, et les diverses sources mentionnées dans ce document.

43 Voir, par exemple, S. Haralambous, H. Liversage et M. Romano, The Growing Demand for Land, Risks and Opportunities for Smallholder Farmers, document de travail établi pour la table ronde organisée pendant la trente-deuxième session du Conseil des gouverneurs du FIDA, 18 février 2009, consultable à l'adresse www.ifad.org/events/gc/32/roundtables/2.pdf, et Rachel Nalepa, The Global Land Rush: Implications for Food, Fuel, and the Future of Development, Pardee Papers, n° 13, mai 2010, consultable à l'adresse www.bu.edu/pardee/files/2011/08/PP13_GlobalLandRush.pdf.

44 Ibid., p. 3. Le texte des "Basic Elements of a Law on Concession Agreement" de l'OCDE est consultable à l'adresse www.oecd.org/dataoecd/41/20/33959802.pdf.

45 Le texte de la directive est consultable à l'adresse http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0897:FIN:FR:PDF.

aux projets d'infrastructure et, d'autre part, diverses préoccupations d'intérêt général du pays hôte"[46]. La Commission voudra peut-être se demander si ces éléments et l'équilibre à établir entre eux devraient être commentés plus en détail pour le cas où le champ d'application du Guide législatif serait élargi pour prendre en compte les questions qui actuellement n'y sont pas traitées et qui sont recensées ci-dessus. À cet égard, la détermination de l'intérêt général et des préoccupations d'intérêt général dans ce contexte peut exiger un traitement particulièrement attentif car, comme cela a été noté, tout jugement sur la valeur attribuée aux résultats de la politique publique[47] risque d'être subjectif.

35. À ce propos, la Commission voudra peut-être noter qu'UNIDROIT envisage de mener des travaux dans des domaines connexes: avec le FIDA et la FAO sur la question de l'agriculture contractuelle, et plus généralement sur des orientations internationales concernant les contrats d'investissement fonciers, compte tenu, en particulier, des Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international.

### 6. Autres questions

36. La Commission estimera peut-être que la brève description de certaines des questions énoncées ci-dessus devrait être étoffée afin de pouvoir déterminer le mandat de travaux futurs éventuels. Dans l'affirmative, elle voudra peut-être charger le Secrétariat de procéder à une étude plus détaillée des normes, règles et pratiques pertinentes et s'interroger sur la faisabilité et l'opportunité de nouveaux travaux qu'elle pourrait mener dans les domaines considérés. Elle voudra peut-être en outre se demander si l'organisation d'un colloque pourrait aider à définir le champ des travaux qui pourraient être entrepris.

37. La Commission voudra peut-être également faire le point sur le champ d'application et la forme du texte qui pourrait être élaboré dans ces domaines. Elle souhaitera peut-être examiner la mesure dans laquelle les questions recensées ci-dessus se prêtent à une réglementation. Pour certaines d'entre elles, il serait peut-être plus judicieux de donner des orientations sur les meilleures pratiques. À cet égard, le Groupe de travail a estimé, à sa vingt et unième session, que certaines questions importantes du point de vue de la passation des marchés publics et d'activités connexes dépassaient le cadre d'un texte juridique ou d'orientations générales, comme un Guide pour l'incorporation, s'agissant notamment de l'application et de l'utilisation du texte en question (voir, par exemple, les questions examinées aux paragraphes 6 à 9, 12, 17 et 34 ci-dessus). Le Groupe de travail a donc envisagé d'autres documents à l'appui de la Loi type sur la passation des marchés publics, y compris un glossaire des termes figurant dans la Loi type et le Guide pour l'incorporation[48].

38. La Commission voudra peut-être également examiner quelles autres informations pourraient être collectées et diffusées eu égard à l'incorporation, l'application, l'interprétation et l'utilisation de la Loi type. S'agissant de

---

46 Voir Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé, par. 4.

47 Illidge, R et Cicmil, S [2000] From PFI to PPP: Is risk understood?, consultable à l'adresse www1.uwe.ac.uk/bl/bbs/trr, p. 2.

48 A/CN.9/745, par. 36.

l'interprétation, la Loi type de 1994 a rarement été adoptée sans qu'il soit tenu compte de la situation locale, et cette approche devrait être retenue en ce qui concerne la Loi type de 2011. Aussi, le Recueil de jurisprudence pourrait-il être d'une utilité limitée.

39. Dans le domaine de l'insolvabilité, la "Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale: le point de vue du juge" (2011) et le "Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale" (2009) viennent appuyer la Loi type en question. En adoptant une approche analogue et en encourageant les contributions à travers le site Web de la CNUDCI et des consultations d'experts, on pourrait également épauler la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

## B. Questions juridiques ayant une incidence dans le domaine de la microfinance (A/CN.9/756)

**[Original: anglais]**

**TABLE DES MATIÈRES**


| | | *Paragraphes* |
|---|---|---|
| I. | Introduction | 1-2 |
| II. | Le prêt garanti en microfinance | 3-22 |
| | A. Vue d'ensemble | 3-8 |
| | B. Pratiques déloyales dans les opérations de microfinancement | 9-12 |
| | C. Évaluation de la valeur des biens affectés en garantie dans le cadre d'une opération de microfinancement | 13 |
| | D. Inscription d'une sûreté dans le cadre d'une opération de microfinancement | 14-16 |
| | E. Réalisation équitable et transparente d'une sûreté dans le cadre d'une opération de microfinancement | 17-18 |
| | F. Cadre juridique des opérations garanties en microfinance | 19-20 |
| | G. Questions à examiner | 21-22 |
| III. | Mécanismes de règlement des litiges | 23-35 |
| | A. Survol du cadre juridique | 23-31 |
| | B. Types de litiges | 32-33 |
| | C. Questions à examiner | 34-35 |
| IV. | Monnaie électronique | 36-54 |
| | A. Perspectives d'inclusion financière | 36 |
| | B. Situation actuelle du secteur | 37-44 |
| | C. Nouvelles questions réglementaires concernant un secteur dynamique | 45-50 |
| | D. Points à examiner | 51-54 |


# I. Introduction

1. À sa quarante-quatrième session, en 2011, la Commission était saisie d'une note établie par le Secrétariat conformément à sa demande, qui résumait les débats du colloque international sur la microfinance, tenu à Vienne les 12 et 13 janvier 2011, et les principales questions qui y avaient été évoquées (A/CN.9/727). À l'issue de la discussion, elle était convenue d'inscrire la microfinance au programme de ses travaux futurs et d'examiner plus avant la question à sa session suivante, en 2012. Elle était en outre convenue que le Secrétariat devrait, si les ressources le lui

permettaient, entreprendre des travaux de recherche sur les thèmes suivants et les soumettre à son examen: i) la constitution de sûretés trop importantes et l'affectation en garantie de biens sans valeur économique; ii) la monnaie électronique, y compris en tant qu'épargne; la question de savoir si les "émetteurs" de monnaie électronique pratiquaient une activité bancaire et à quel type de réglementation ils étaient soumis; et la couverture de ces fonds par des programmes d'assurance des dépôts; iii) la mise en place de procédures équitables, rapides, transparentes et peu onéreuses de règlement des différends naissant d'opérations de microfinancement; et iv) la facilitation de l'utilisation des prêts garantis aux microentreprises et aux petites et moyennes entreprises (PME), et la promotion de la transparence dans ce type de prêts.

2. La présente note résume brièvement l'état actuel de la question en ce qui concerne les quatre thèmes susmentionnés ainsi que les principaux aspects juridiques et réglementaires y relatifs, pour examen par la Commission.

# II. Le prêt garanti en microfinance

## A. Vue d'ensemble

3. La microfinance ne fait pas nécessairement appel au prêt garanti (à savoir à la constitution d'une sûreté sur des biens meubles en garantie du remboursement d'un emprunt). Des microprêts peuvent être obtenus sans aucune sûreté, avec une sûreté personnelle (garantie) ou avec une sûreté sur des biens immeubles. Toutefois, dans ce domaine, des prêts garantis peuvent être accordés à des emprunteurs fragiles qui peuvent utiliser des biens d'équipement ménager essentiels pour garantir des prêts destinés à des fins de microcommerce ou de consommation. La nature de l'emprunteur et du bien affecté en garantie pose néanmoins un certain nombre de problèmes. Premièrement, certaines pratiques peuvent être injustes à l'égard d'un emprunteur qui offre des biens tels que des biens d'équipement ménager en garantie d'un paiement; deuxièmement, il est difficile d'évaluer la valeur des biens grevés (problème qui se pose pour tout type de bien affecté en garantie, mais en particulier lorsque sa valeur est immatérielle ou difficile à déterminer, comme pour les équipements ménagers); troisièmement, l'inscription de sûretés dans le contexte de la microfinance pose certaines difficultés; et quatrièmement, la réalisation d'une sûreté et le recouvrement du montant dû en cas de défaillance de l'emprunteur posent également des problèmes particuliers. Tous ces problèmes sont liés et constituent des obstacles potentiels à l'accès au crédit et à l'inclusion financière de tout emprunteur et en particulier des emprunteurs dans le cadre d'opérations de microfinancement.

4. Le prêt garanti est un domaine dans lequel la CNUDCI a une vaste expérience qui pourrait être particulièrement utile pour le secteur de la microfinance. La CNUDCI a élaboré: a) en 2001, la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international (la "Convention"); b) en 2007, le Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties (le "Guide"); c) en 2010, le Supplément sur les sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles (le "Supplément"). En outre, elle élabore actuellement un projet de guide législatif technique sur la mise en place d'un registre des sûretés réelles mobilières, qui devrait être terminé en 2013. Comme la plupart des législations nationales sur les

opérations garanties, ces textes s'appliquent tous aux opérations garanties entre entreprises, y compris entre PME, ainsi qu'entre une entreprise et un consommateur. Toutefois, la Convention et le Guide prévoient qu'ils n'ont pas d'incidences sur les droits des consommateurs qui découlent de la législation régissant leur protection (voir article 4.4 de la Convention et alinéa b) de la recommandation 2 du Guide; cette recommandation s'applique également au Supplément). La raison pour laquelle cette approche a été adoptée dans ces textes est de s'assurer qu'aucune disposition ou recommandation n'est incompatible avec les principes de bonne foi et de loyauté commerciale généralement inscrits dans les lois de protection des consommateurs ou d'autres lois similaires et d'éviter que l'exclusion des PME ou des consommateurs n'ait des incidences négatives sur l'offre de crédit et le coût du crédit aux PME ou aux consommateurs. Cela s'applique également à d'autres textes de la CNUDCI (comme la Loi type sur l'arbitrage commercial international). Ainsi, les opérations impliquant des consommateurs ne sont pas entièrement exclues de la Convention ou de la loi recommandée dans le Guide, mais la primauté des lois sur la protection des consommateurs est dûment prévue. En tout état de cause, la CNUDCI n'a pas tenté d'unifier ou d'harmoniser ces lois, sachant qu'il est généralement admis que c'est un domaine du droit qui ne se prête pas à l'unification ou à l'harmonisation à l'échelon international, dans la mesure où il soulève des questions de principe fondamentales qui sont au cœur de chaque système juridique.

5. Ces dix dernières années, le secteur de la microfinance a suscité l'intérêt des investisseurs internationaux et les investissements dans ce secteur ont fortement augmenté. En effet, Mix Market, entité chargée de surveiller la transparence financière des institutions de microfinancement, signale que le secteur a progressé de 39 % par an en moyenne ces 10 dernières années, ce qui représente plus de 45 milliards d'euros en termes d'échanges commerciaux à l'échelle mondiale[1]. Au fil des ans, les institutions de microfinancement ont également modifié leurs méthodes de travail par rapport à leurs débuts où les prêts s'appuyaient essentiellement sur le mécanisme d'exécution collective. Le groupe était chargé de s'assurer que tous les membres étaient en mesure d'honorer leurs obligations financières et, par conséquent, chaque membre du groupe devenait ainsi un garant du fait de la responsabilité solidaire à l'égard des emprunts effectués par les autres membres du groupe. En revanche, dans de nombreux pays, la microfinance moderne donne la priorité aux prêts individuels garantis par les biens des emprunteurs, tels que les biens d'équipement ménager, ou par des hypothèques sur des biens immeubles. Des garanties personnelles sont également exigées comme garanties de remboursement supplémentaires.

6. Comme tout autre prêteur garanti, les institutions de microfinancement devraient respecter un certain nombre de lois telles que le droit des contrats, le droit de la propriété et en particulier le droit des opérations garanties, les règles de procédure civile, le droit foncier, le droit de l'insolvabilité, la loi sur la protection des consommateurs ainsi que les lois sur le commerce équitable et la concurrence loyale. Une évaluation fiable du risque de défaillance est toujours difficile pour les prêteurs, y compris pour les institutions de microfinancement en particulier dans de

---

[1] D'après le Rapport 2011 sur l'état de la Campagne du Sommet du microcrédit qui s'appuie sur un échantillon de données portant sur 3 300 institutions de microfinancement qui ont communiqué des données annuelles sur le volume de clients. Ce rapport est accessible à l'adresse www.microcreditsummit.org/pubs/reports/socr/2011/SOCR_2011_FR_web.pdf.

nombreux pays en développement où les informations sur les emprunteurs sont insuffisantes et les bureaux de crédit qui pourraient donner des renseignements sur les antécédents financiers d'un emprunteur potentiel sont inexistants. C'est pourquoi, l'obtention de garanties de remboursement supplémentaires, telles que des garanties des amis ou des proches, un nantissement sur des biens meubles ou une hypothèque sur des biens immeubles, fait partie intégrante de toute opération de microfinancement.

7. Dans le cadre de toute opération garantie, y compris de microfinancement, la bonne utilisation des garanties pourrait être utile aux emprunteurs comme aux prêteurs. Les emprunteurs qui ont des biens d'équipement ménager (dans la mesure où ceux-ci peuvent être grevés, ce qui relève du droit commun des biens), des créances ou des stocks commerciaux et d'autres actifs peuvent théoriquement obtenir des crédits plus importants ou (s'ils empruntent auprès de banques commerciales) des taux d'intérêts plus avantageux et des délais de remboursement plus longs. Les prêteurs qui évaluent correctement la valeur des biens affectés en garantie et constituent effectivement des sûretés sur ces biens devraient enregistrer moins de pertes en cas de défaillance de l'emprunteur et peuvent renforcer leurs activités. Les emprunteurs qui sont en mesure d'offrir certains types de biens en garantie, tels que des biens d'équipement ménager, peuvent participer au système financier et avoir accès à des crédits abordables. Bien entendu, la question de savoir si un bien peut être transféré et donc affecté en garantie relève généralement du droit de la propriété. Afin de garantir un niveau de vie minimum aux emprunteurs, de nombreux systèmes juridiques ne permettent pas de constituer des sûretés sur des biens d'équipement ménager essentiels et d'affecter en garantie les avantages sociaux nécessaires pour répondre aux besoins fondamentaux d'une personne ou d'une famille. Pour cette raison également, dans de nombreux systèmes juridiques, même si la constitution d'une sûreté sur ce type de biens est autorisée, son exécution est soumise à des règles spéciales. Compte tenu des politiques sociales visées par ces règles, la loi recommandée dans le Guide ne prévaut pas sur d'autres règles juridiques qui limitent la constitution ou l'exécution d'une sûreté ou la transférabilité de certains types de biens (voir recommandation 18).

8. Dans de nombreux pays qui n'ont pas de loi moderne sur les opérations garanties, toutefois, des pratiques déloyales sont apparues, en particulier dans le secteur de la microfinance. Il importe donc de promouvoir l'adoption à l'échelle mondiale de lois efficaces sur les opérations garanties, comme les textes élaborés par la CNUDCI et d'autres organisations telles que l'Institut international pour l'unification du droit privé ("UNIDROIT") et la Conférence de La Haye de droit international privé (la "Conférence de La Haye")[2]. Il est parfois également important d'examiner la manière dont ces textes peuvent s'appliquer en particulier dans le secteur de la microfinance[3].

---

[2] Pour une analyse comparée des principaux éléments des instruments internationaux relatifs aux opérations garanties, voir A/CN.9/720.

[3] Les travaux d'UNIDROIT visant à élaborer un protocole additionnel à la Convention du Cap qui porterait sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement agricole, de construction et minier revêtent une importance particulière à cet égard.

## B. Pratiques déloyales dans les opérations de microfinancement

9. Pour déterminer les tendances concernant l'affectation de biens en garantie dans le secteur de la microfinance, le Secrétariat a examiné un échantillon aléatoire d'institutions de microfinancement qui avaient publié des données financières, notamment des informations sur leurs produits financiers et les méthodes utilisées pour accorder des prêts, sur le site Web Mix Market. Il a analysé les types de crédits accordés et les exigences en ce qui concerne les biens affectés en garantie de 33 institutions dans 11 pays différents. Les résultats montrent que 26 des 33 institutions de microfinancement exigent des garanties notamment les suivantes: a) épargnes obligatoires retenues par l'institution de microfinancement; b) biens d'équipement ménager; c) biens meubles; d) créances; e) biens immeubles; f) garanties personnelles; et g) microprêt partiellement bloqué[4].

10. Les institutions de microfinancement, comme de nombreux prêteurs commerciaux, exigent plusieurs garanties, associant l'épargne obligatoire et des biens d'équipement ménager à des garanties personnelles. Les exigences les plus complexes en ce qui concerne les garanties sont celles des institutions de microfinancement d'Europe orientale et d'Amérique latine, où des biens immeubles voire des créances sont utilisés comme garanties (et sont transférées sur un compte de réserve mis en place par l'emprunteur une fois le crédit remboursé)[5]. D'après l'enquête, la garantie la plus souvent exigée est l'épargne obligatoire. Treize institutions prévoient que l'épargne est bloquée; et trois d'entre elles exigent également une garantie supplémentaire, par exemple des biens mobiliers.

11. En ce qui concerne l'épargne obligatoire, les pratiques des institutions de microfinancement varient considérablement d'un pays à l'autre ainsi que d'une région à l'autre. Certaines institutions exigent seulement que 25 centimes soient épargnés par semaine[6], alors que d'autres exigent 20 % d'épargne obligatoire (ce qui a pour incidence de faire passer le taux d'intérêt effectif à 125,9 %)[7]. Dans certains pays, les institutions combinent la méthodologie de groupe avec l'épargne obligatoire et l'affectation de biens d'équipement ménager en garantie[8].

---

[4] Les données des institutions de microfinancement sont tirées du site www.MixMarket.org et ont été comparées avec celles publiées sur les sites Web des institutions.

[5] À la Fundacion Mujer (Costa Rica), un emprunteur paye 200 colones pour un compte de réserve pour les créances et environ 2 à 3 000 colones pour un examen du crédit ainsi que les frais juridiques pour inscrire une sûreté sur un bien affecté en garantie ou une hypothèque afin d'obtenir un microprêt. Les conditions d'octroi de crédits individuels sont accessibles à l'adresse www.fundacionmujer.org/servicios/credito-individual.

[6] Voir par exemple la Fondation Dariu (Viet Nam): le montant moyen des prêts s'élève à 133 dollars par client et le montant moyen du dépôt est de 13 dollars, d'après les données communiquées par la Fondation sur le site Mix Market accessibles à l'adresse www.mixmarket.org/mfi/dariu/report. Par conséquent, si le montant devant être épargné semble modique, il entraîne des coûts supplémentaires non négligeables pour l'emprunteur.

[7] Voir par exemple, les informations détaillées de l'institution de microfinancement LAPO (Nigéria) à l'adresse www.lapo-nigeria.org/web/what-are-the-benefitsadvantages-of-becoming-a-lapo-customer-.html. Des précisions concernant les coûts sont disponibles en ligne à l'adresse www.kiva.org/partners/20.

[8] Organisation internationale de droit du développement (OIDD), *Consumer Protection and Microfinance Country Reports* (2011), p. 81 à 83, accessibles à l'adresse www.idlo.int/DOCCalendar/FINAL%20Microfinance%20Reports.pdf.

12. La pratique tendant à associer l'épargne obligatoire à un produit de prêt suscite plusieurs préoccupations. Premièrement, un nombre important d'institutions de microfinancement qui imposent l'épargne obligatoire ne sont pas des institutions financières de dépôt agréées. Pour cette raison, les institutions ne verseront probablement pas d'intérêts sur ces comptes d'épargne qui ne sont pas protégés par des programmes d'assurance des dépôts. En outre, cette pratique a pour effet d'augmenter le coût des fonds pour les emprunteurs et de rendre, dans le même temps, très difficile pour eux de calculer le taux d'intérêt effectif de l'emprunt ou le coût total des fonds à des fins de comparaison. Par ailleurs, le fait de regrouper ou de relier obligatoirement des services financiers de manière à ce que le client soit tenu d'acheter deux services, alors qu'il n'en veut peut-être qu'un, soulève des questions de commerce équitable et de concurrence loyale. Le plus souvent, les institutions de microfinancement regroupent l'épargne obligatoire et des produits d'assurance. L'épargne obligatoire ne rapporte pas d'intérêts au client et les produits d'assurance sont souvent fournis sans notice explicative, et plutôt présentés comme un coût supplémentaire du contrat d'emprunt. C'est pourquoi, ces produits semblent n'être pour l'essentiel rien d'autre qu'une assurance supplémentaire en cas de défaillance de l'emprunteur, ou un autre type de garantie.

## C. Évaluation de la valeur des biens affectés en garantie dans le cadre d'une opération de microfinancement

13. Comme tout autre prêteur garanti, les institutions de microfinancement doivent maintenir un équilibre délicat en ce qui concerne les biens affectés en garantie. D'une part, elles doivent se protéger contre le risque éventuel de défaillance, mais d'autre part elles ne peuvent pas demander trop de garanties car leurs clients potentiels ne possèdent pas nécessairement des biens d'une valeur suffisante. Ainsi, si elle demande trop de garanties, l'institution de microfinancement risque de renoncer à une part importante de marché, car les populations pauvres ne possèdent pas toujours de biens comme une voiture ou une maison. Les institutions doivent évaluer de manière équitable la valeur marchande *actuelle* et réelle des biens affectés en garantie dans l'éventualité d'un défaut de paiement. En outre, les biens grevés par les emprunteurs, qui peuvent être des appareils ménagers ou des animaux vieillissant, ont probablement une valeur plus élevée pour l'emprunteur que pour l'institution de microfinancement. Les institutions qui exigent des garanties très importantes par rapport au prêt octroyé risquent toutefois de mettre les emprunteurs dans une situation de précarité, dans laquelle en cas de défaillance ils pourraient également perdre la seule source de revenu de la famille ou même leur maison[9]. Il importe pour tout prêteur garanti, y compris pour les institutions de microfinancement, ainsi que pour tout emprunteur, notamment les PME et les consommateurs, de trouver un bon équilibre entre les garanties et le montant du crédit. Toutefois, il ne semble pas y avoir de consensus dans le secteur de la microfinance sur ce qui est un rapport équitable et adapté. Par ailleurs, cette question ne semble pas avoir fait l'objet de nombreuses discussions ces dernières années parmi les praticiens de la microfinance, ni parmi les organisations

---

[9] Les emprunteurs ayant participé à l'enquête menée au Cameroun avaient souvent dû présenter des titres de propriété pour garantir un microprêt. La valeur des biens affectés en garantie par rapport à la valeur de l'emprunt était en moyenne 356 %.

internationales compétentes en matière de protection des clients. En outre, les garanties exigées par les institutions de financement semblent beaucoup plus élevées que celles exigées par les banques commerciales. Bien entendu, chaque situation de prêt est différente, mais du fait que de nombreuses institutions de microfinancement ont pour mission de réduire la pauvreté, il serait utile de réfléchir à des pratiques optimales pour le prêt garanti. L'évaluation de la valeur des garanties est toutefois une question d'ordre économique et non juridique. C'est pourquoi, le Guide examine la question de l'évaluation de la valeur des garanties en divers lieux pour mettre en évidence les questions pertinentes, mais ne donne pas de recommandations[10].

## D. Inscription d'une sûreté dans le cadre d'une opération de microfinancement

14. Comme tout autre prêteur garanti, une institution de microfinancement est également tenue d'inscrire et de protéger sa sûreté sur les types de biens affectés en garantie par les emprunteurs dans les opérations de microfinancement, afin de la rendre opposable et d'assurer sa priorité sur d'autres sûretés concurrentes. La priorité est particulièrement importante lorsque les mêmes types de biens (par exemple, un poste de télévision, des casseroles ou des poules) sont offerts en garantie de plusieurs emprunts contractés auprès d'institutions différentes et que la valeur totale des emprunts dépasse celle des biens affectés en garantie, car les créanciers qui ne sont pas prioritaires risquent de ne pas être remboursés ou pas entièrement. Cela pose un problème majeur, car de nombreux pays développés ou en développement n'ont pas de registres de sûretés sur des biens meubles. Sur les 11 pays en développement examinés dans la série de rapports *Doing Business* de la Banque mondiale, seuls 4 ont des registres des biens affectés en garantie et des lois connexes qui autorisent une entreprise à utiliser des biens meubles comme garantie tout en restant en possession des biens[11]. L'on ne sait pas clairement toutefois si ces registres dans ces quatre pays autorisent l'inscription d'un avis concernant une sûreté grevant un bien affecté en garantie dans le cadre d'une opération de microfinancement afin de la rendre opposable. En outre, il n'est pas indiqué si le processus d'inscription est simple, rapide et économique, ce qui est primordial étant donné que la durée d'un microprêt peut être assez courte[12]. Ainsi, même si des registres sont techniquement accessibles aux institutions de microfinancement dans ces quatre pays, ils peuvent être inadaptés pour les microprêts de courte durée.

---

10 Voir le Guide législatif de la CNUDCI, p. 224, 308, 449, 454, 471, 472 et 559.

11 Une des questions examinées dans les rapports *Doing Business* de la Banque mondiale est l'accès au crédit et le prêt garanti. Les rapports de pays sont accessibles à l'adresse www.doingbusiness.org sous la rubrique "Parcourir les données économiques".

12 Le site Doing Business ne donnant pas de données précises sur la durée et le coût de l'inscription des biens affectés en garantie, la durée et le nombre d'étapes nécessaires pour inscrire un bien peuvent être utilisés à titre indicatif. Dans un des pays examinés, qui a mis en place un registre des biens affectés en garantie, 13 étapes sont nécessaires pour inscrire un bien, ce qui, d'après la Banque mondiale, dure environ 82 jours. Cela ne semble pas compatible avec la brièveté de la durée des microprêts. Le rapport du Nigéria sur l'accès au crédit est publié à l'adresse www.doingbusiness.org/data/exploreeconomies/nigeria#registering-property.

15. En l'absence d'un registre efficace des sûretés, comme celui recommandé dans le Guide et dans le projet de guide législatif technique sur la mise en place d'un registre des sûretés réelles mobilières, les institutions de microfinancement élaborent des mécanismes qui peuvent ou non être licites ou équitables et qui probablement ne protègent pas suffisamment leurs sûretés. Par exemple, comme indiqué précédemment, dans certains pays, elles exigent simplement un transfert des droits de propriété de biens immobiliers de l'emprunteur, qu'elles conservent dans leur coffre-fort. Les emprunteurs se sont rendu compte qu'il était assez facile d'obtenir un nouveau titre de propriété, en déclarant que l'ancien avait été "perdu"[13]. Ainsi, en l'absence d'un système efficace d'inscription des sûretés, les institutions de microfinancement ont adopté plusieurs approches qui sont susceptibles de les laisser sans garantie, ce qui peut avoir une incidence sur l'offre de crédit et le coût du crédit, d'où le risque de perpétuer l'exclusion financière des PME et des consommateurs.

16. Pour répondre aux problèmes susmentionnés, des registres des sûretés pourraient être établis ou restructurés conformément aux recommandations contenues dans le Guide ou dans le projet de guide législatif technique sur la mise en place d'un registre des sûretés réelles mobilières. En particulier, le registre des sûretés recommandé dans le Guide vise à permettre l'inscription d'avis relatifs à des sûretés dans le cadre de toutes les opérations garanties, y compris les opérations de microfinancement (à savoir les biens de PME ou de consommateurs), dans la mesure où le droit de la propriété applicable permet de transférer ou de grever un bien particulier (voir recommandations 32 et 34). L'inscription n'équivaut pas à la constitution d'une sûreté et n'est pas un préalable à la constitution d'une sûreté (voir recommandation 33). En outre, le processus d'inscription est rapide, facile et économique et peut donc être utilisé dans tous les types d'opérations garanties, y compris d'opérations de microfinancement de courte durée ou lorsque le montant du crédit ou la valeur du bien affecté en garantie sont peu élevés (voir recommandation 54).

## E. Réalisation équitable et transparente d'une sûreté dans le cadre d'une opération de microfinancement

17. Les institutions de microfinancement éprouvent également des difficultés à appliquer des pratiques équitables et transparentes pour réaliser leurs sûretés et obtenir le recouvrement des prêts. Lorsqu'elles sont obligées de saisir et de vendre les biens grevés d'un emprunteur, dans les pays où le mécanisme de groupe est encore fréquemment utilisé, elles s'appuient sur les membres du groupe pour saisir et vendre les biens affectés en garantie. Par exemple, dans un pays, les groupes sont représentés par une personne spécialement désignée à cette fin, qui est appelée "maître de discipline"[14]. Toutefois, cela ne semble pas conforme à la loi interne qui prévoit que seuls des commissaires-priseurs agréés peuvent saisir et vendre des biens affectés en garantie dans un cadre très précis et selon des règles de notification strictes en vue d'assurer la transparence de l'ensemble du processus de

---

[13] OIDD, *Consumer Protection and Microfinance Country Reports* (2011), accessibles à l'adresse www.idlo.int/DOCCalendar/FINAL%20Microfinance%20Reports.pdf.

[14] OIDD, *Consumer Protection and Microfinance Country Reports* (2011), p. 77, accessibles à l'adresse www.idlo.int/DOCCalendar/FINAL%20Microfinance%20Reports.pdf.

réalisation[15]. Dans un autre pays, les organismes de réglementation des banques ont estimé que les pratiques de collecte et de réalisation offensives et coercitives avaient peut-être joué un rôle dans une récente crise de surendettement qui a touché la région[16].

18. Pour répondre aux problèmes spécifiques mentionnés ci-dessus, il faudrait conseiller d'appliquer les recommandations du Guide en matière de réalisation. Les recommandations suivantes revêtent une importance particulière dans ce contexte:

a) La recommandation 131, qui exige que le créancier garanti réalise sa sûreté conformément aux dispositions relatives à la réalisation de bonne foi et à des normes commerciales raisonnables;

b) Les recommandations 132 à 135, qui prévoient que ces normes ne peuvent faire l'objet d'une renonciation par convention avant défaillance;

c) La recommandation 136, qui prévoit que toute personne manquant aux obligations qui lui incombent en vertu des dispositions relatives à la réalisation est tenue de réparer le préjudice causé par ce manquement;

d) La recommandation 142, qui prévoit la réalisation par le biais d'une procédure judiciaire ou la réalisation extrajudiciaire;

e) La recommandation 145, qui prévoit que le créancier garanti dont la sûreté a priorité a le droit de prendre le contrôle du processus de réalisation à la place du créancier garanti procédant à la réalisation; et

f) Les recommandations 147 à 151, qui prévoient la protection de l'emprunteur et des autres personnes qui ont des droits sur les biens affectés en garantie en cas de réalisation extrajudiciaire.

## F. Cadre juridique des opérations garanties en microfinance

19. Dans de nombreux États, le cadre juridique des opérations garanties s'appuie sur un ensemble de lois internes. Ces États n'ont pas de législation globale sur les opérations garanties comme celle recommandée dans le Guide. En fait, leur législation se compose de diverses règles de droit interne. Par exemple, dans le cadre d'une enquête juridique sur le renforcement du secteur financier, environ 25 lois recensées dans un pays ont une incidence sur l'inscription des sûretés[17]. Dans un autre pays, 21 lois différentes régissent le prêt garanti[18]. En outre, de nombreux pays n'ont pas de registre des sûretés ou celui existant n'est pas adapté pour les opérations garanties, notamment les opérations de microfinancement. Par

---

15 Kenya, *The Auctioneers Act* (loi relative aux commissaires-priseurs), chap. 526 (2009) accessible à l'adresse www.kenyalaw.org/klr/fileadmin/pdfdownloads/Acts/AuctioneersActCap526.pdf.

16 Reserve Bank of India (RBI), *Report of the Sub-Committee of the Central Bank Board of Directors of Reserve Bank of India to Study Issues and Concerns in the MFI Sector*, janvier 2011, accessible à l'adresse www.rbi.org.in/scripts/PublicationReportDetails.aspx?UrlPage=&ID=608#L11.

17 Financial Sector Deepening Kenya (FSD), *Costs of Collateral in Kenya, Opportunities for Reform*, septembre 2009.

18 Organisation internationale du Travail (OIT), *Securing Small Loans: The Transaction Costs of Taking Collateral*, 2001.

exemple, l'inscription d'avis relatifs à des sûretés n'est parfois pas possible pour des biens affectés en garantie tels que des biens d'équipement ménager ou le processus d'inscription peut tout simplement être trop fastidieux et entraîner des coûts supplémentaires pour les institutions de microfinancement.

20. De ce fait, les institutions de microfinancement ont tendance à surmonter ces problèmes en adoptant des stratégies qui peuvent être injustes à l'égard des clients et qui ne les protègent pas vraiment contre les risques juridiques ou les risques liés au crédit. Elles ont parfois adopté ces stratégies pour faire face à des problèmes liés notamment à l'absence de registre efficace pour l'inscription de sûretés sur des biens meubles en général ou sur les types de biens affectés en garantie dans le cadre d'opérations de microfinancement. Ainsi, elles contournent ces problèmes en exigeant une épargne obligatoire ou divers produits d'assurance.

### G. Questions à examiner

21. Compte tenu de ces problèmes, la Commission voudra peut-être se demander si les questions liées aux opérations garanties soulevées ci-dessus sont déjà dûment traitées dans le Guide et recommander une large application des recommandations contenues dans le Guide. Une fois qu'un nombre suffisant d'États auront appliqué les recommandations du Guide, la Commission pourra également se demander si d'autres questions liées aux opérations garanties doivent être examinées pour faciliter en particulier les opérations de microfinancement.

22. En outre, la Commission, agissant en association avec d'autres organismes s'intéressant à la microfinance tels que la Banque mondiale, voudra peut-être étudier la manière dont la loi sur les opérations garanties recommandée dans le Guide s'applique aux opérations garanties dans le contexte de la microfinance et se demander s'il serait utile qu'un supplément au Guide examine et clarifie l'application de la loi sur les opérations garanties dans le contexte de la microfinance et si nécessaire donne des recommandations supplémentaires.

## III. Mécanismes de règlement des litiges

### A. Survol du cadre juridique

*Accès des pauvres à la justice*

23. Considérant que l'accès à la justice est un élément fondamental de la lutte contre la pauvreté, le Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD) a accueilli une Commission pour la démarginalisation des pauvres par le droit, initiative mondiale ciblée sur le lien entre l'exclusion, la pauvreté et le droit. Dans un rapport élaboré conformément à la résolution 63/142 de l'Assemblée générale, il était souligné que les mesures visant à améliorer l'accès à la justice devraient cibler des modèles de systèmes judiciaires peu onéreux, tenant compte de la capacité et de la volonté des pauvres de payer pour obtenir de tels services, de la congestion du

système judiciaire, et de l'efficacité des mécanismes de règlement des différends informels et non contentieux[19].

24. La gravité de l'inégalité dans l'accès à la justice a été soulignée dans le rapport de la Commission intitulé "Pour une application équitable et universelle de la loi", qui précise que la pauvreté empêche quatre milliards d'individus d'avoir accès à des systèmes judiciaires opérationnels. Les pauvres manquent de mécanismes de règlement des litiges qui soient abordables, efficaces et équitables, particulièrement lorsqu'il s'agit de différends portant sur de faibles montants. En outre, n'étant pas en mesure de payer des frais d'avocat et de justice, ils se trouvent exclus du système accusatoire. Par ailleurs, les procédures judiciaires peuvent être lentes et les arriérés des tribunaux sont souvent importants[20].

25. Des études réalisées par l'Organisation internationale de droit du développement (OIDD) ont souligné que les institutions de microfinancement établissaient des relations contractuelles avec des pauvres dont le niveau d'alphabétisation était souvent faible et qui n'étaient pas entièrement informés des conditions du contrat de prêt, notamment en ce qui concerne tous les frais applicables et les taux d'intérêt (y compris le type de taux, fixe ou dégressif)[21]. Les clients des institutions de microfinancement ont également de faibles connaissances en matière financière et sont peu au courant de leurs droits[22]. Ainsi, ils peuvent avoir du mal à comprendre leurs droits et obligations au titre d'un contrat[23]. En outre, si un différend survient, le seul recours en réparation dont dispose le client est normalement d'en référer au chargé de prêt ou à l'institution de microfinancement elle-même[24]. S'agissant de cette situation, le secteur de la microfinance parle "d'asymétrie de l'information", terme technique désignant un déséquilibre des forces relativement important.

---

19 *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-quatrième session* (A/64/133), par. 24.

20 PNUD, Commission pour la démarginalisation des pauvres par le droit, *Pour une application équitable et universelle de la loi*, accessible à l'adresse www.undp.org/content/undp/fr/home/librarypage/democratic-governance/pour-une-application-quitable-et-universelle-de-la-loi.html.

21 Centre for Microfinance, *How do Microfinance Clients Understand their Loans?*, Tiwari, A., Khandelwal, A. & Ramji, M., octobre 2008. Accessible à l'adresse www.microfinancegateway.org/p/site/m/template.rc/1.9.31190/.

22 Id. Dans l'étude susmentionnée réalisée par le Centre for Microfinance, moins de 50 % des clients de la microfinance interrogés en Inde étaient capables de citer le taux d'intérêt effectif de leur emprunt et n'avaient eu que des explications orales au sujet des conditions de leur contrat; aucune copie de celui-ci ne leur avait été fournie. De même, dans le cadre d'une enquête réalisée au Kenya par le Groupe consultatif d'assistance aux pauvres (CGAP), 25 % des clients de la microfinance avaient été surpris par les taux d'intérêt et la tarification des services, et par le fait que les possibilités de recours étaient limitées. S'agissant de l'importance de renforcer les capacités et les connaissances financières des utilisateurs des services de microfinance, voir aussi le document *Innovative Financial Inclusion, Principles and Report on Innovative Financial Inclusion*, p. 27 et 28, du Sous-Groupe sur l'accès par l'innovation du Groupe d'experts du G-20 sur l'inclusion financière.

23 Sur ce point, voir aussi le document *Innovative Financial Inclusion, Principles and Report on Innovative Financial Inclusion*, p. 25 et 26, du Sous-Groupe sur l'accès par l'innovation du Groupe d'experts du G-20 sur l'inclusion financière.

24 Voir *supra*, OIDD, p. 34, où il est précisé que tous les clients de la microfinance interrogés en Inde avaient indiqué qu'en cas de réclamation, leur seul recours était la direction de l'institution de microfinancement ou bien un service téléphonique interne d'assistance à la clientèle mis en place par l'institution.

*Réglementation applicable*

26. Bien qu'elle fasse partie intégrante de la protection de la clientèle des services financiers, l'offre de mécanismes alternatifs de règlement des litiges aux microentrepreneurs n'est souvent pas disponible[25]. Parfois, il existe aussi plusieurs autorités dont les compétences pour le règlement des différends en matière de services financiers se chevauchent; l'usager de la microfinance en a d'autant plus de mal à déceler celle qui est compétente pour connaître de sa demande[26].

*Utilisation du système judiciaire par les institutions de microfinancement*

27. La fréquence d'utilisation du système judiciaire par les institutions de microfinancement à des fins de recouvrement n'est pas claire. Dans de nombreux pays en développement, les procédures judiciaires ne sont pas automatisées et il est donc malaisé d'obtenir des données. Des données empiriques laissent entendre que les procédures judiciaires sont souvent invoquées pour menacer les débiteurs récalcitrants et les faire payer et ne constituent pas de réels mécanismes de recouvrement des dettes[27].

*Existence de systèmes alternatifs de règlement des litiges*

28. Dans son évaluation des différents contextes économiques de la microfinance, l'Economist Intelligence Unit a noté que, dans la plupart des 55 pays étudiés, le manque de systèmes de règlement des litiges opérationnels était un dénominateur commun. Selon le rapport, lorsqu'il existe un mécanisme de règlement des litiges et que les clients de la microfinance peuvent y avoir accès, dans bien des cas, il ne fonctionne pas vraiment, souvent parce qu'il est trop coûteux, chronophage ou n'est à la disposition que d'un nombre limité d'usagers[28]. De même, en 2010, le Groupe consultatif d'assistance aux pauvres a évalué 140 pays dans le cadre d'une étude sur l'accès aux services financiers dont il est ressorti que, si plus de la moitié des pays disposait d'un mécanisme de règlement par des tiers des litiges liés à la consommation (médiateur ou conciliateur, par exemple), l'efficacité de sa mise en œuvre pouvait s'avérer limitée[29].

29. Si les parties prenantes estiment qu'il est essentiel, pour que l'ensemble du secteur de la microfinance fonctionne correctement, de fournir aux clients des mécanismes de règlement des litiges efficaces et équitables, leurs efforts pour renforcer les systèmes en place et en améliorer l'accès s'attachent uniquement aux procédures internes. Accion International, par exemple, qui est un acteur majeur du secteur de la microfinance, a instauré un code de conduite auquel peuvent adhérer les institutions de microfinancement et qui comporte sept principes essentiels de protection des clients, notamment l'offre d'une procédure interne de règlement des

---

25 Economist Intelligence Unit (EIU), *Global Microscope on the Microfinance Business Environment*, EIU, Ltd. 2011.

26 Il pourrait par exemple s'agir d'une autorité chargée de la protection du consommateur, de la Banque centrale, de services administratifs ou de tribunaux locaux.

27 *Supra*, OIDD, p. 65 et 110.

28 Id.

29 Groupe consultatif d'assistance aux pauvres, Banque mondiale, *Financial Access 2010: La situation de l'inclusion financière à travers la crise*, 2010, accessible à l'adresse www.cgap.org/gm/document-1.9.50050/financial_access_2010_frn.pdf.

plaintes[30]. Plus de 2 300 acteurs du secteur de la microfinance, dont 714 prestataires de services financiers, ont signé ce code de conduite intitulé “Smart Campaign”[31]. À ce jour toutefois, il n’y a pas eu d’analyse détaillée des procédures de règlement des litiges mises en place par les institutions de microfinancement adhérant à la Smart Campaign. On n’a pas non plus recueilli ou comparé des informations sur le nombre et les types de plaintes d’usagers de la microfinance dans l’ensemble du secteur.

30. D’autre part, compte tenu de la nature informelle du microfinancement et du fait que de nombreuses institutions de microfinancement ne relèvent d’aucune autorité de réglementation prudentielle, les recours sont souvent limités au seul mécanisme de résolution existant pour les litiges en matière de services financiers. Ainsi, même si l’autorité de réglementation propose un guichet pour déposer les plaintes, un médiateur ou un autre mécanisme de résolution des différends, les clients d’institutions de microfinancement non réglementées n’y ont généralement pas accès. En Inde, par exemple, les clients ayant une plainte à formuler contre une banque commerciale peuvent avoir recours à l’un des 15 médiateurs de la Banque centrale d’Inde[32]. Toutefois, les clients d’institutions de microfinancement non réglementées n’ont pas accès à ce service. De même, il existe en Colombie un défenseur des usagers des services financiers, dont les services de médiation sont ouverts aux clients d’institutions de microfinancement réglementées, mais uniquement quand ces dernières ont décidé d’avoir recours à lui et se sont en outre engagées à respecter sa décision[33]. Au Pérou, on a tenté de mettre en rapport les usagers de la microfinance avec des services d’arbitrage[34].

31. Au sein de l’Union européenne, des organes de médiation chargés des services financiers ont été mis en place dans la plupart des États membres; au Royaume-Uni en particulier, l’“ombudsman” publie des données annuelles sur le nombre et le type de plaintes reçues[35], ce qui a montré la valeur intrinsèque du médiateur pour ce qui est de promouvoir le droit et l’élaboration de politiques, outre sa mission de règlement des litiges. Ainsi, il semblerait indispensable, pour mettre au point de nouvelles lois et politiques en matière de résolution des différends dans la microfinance, d’agréger les données que les institutions de microfinancement recueillent peut-être déjà sur le type de plaintes déposées par la clientèle et la manière dont elles sont réglées, comme le fait le médiateur britannique.

---

30 Voir www.smartcampaign.org/about-the-campaign/smart-microfinance-and-the-client-protection-principles.

31 Voir http://centerforfinancialinclusionblog.files.wordpress.com/2011/11/20111115_certification_proposal-for-public-comment_final1.pdf.

32 L’adresse des services des médiateurs de la Banque centrale d’Inde (Reserve Bank of India Ombudsman) est la suivante: www.rbi.org.in/Scripts/bs_viewcontent.aspx?Id=164.

33 *Supra*, OIDD, p. 68 et 69; Colombie, loi 1328 de 2009.

34 Cette initiative en matière de modes alternatifs de règlement des conflits (MARL; “Huancayo initiative”) a été présentée lors du colloque de la CNUDCI sur la microfinance, tenu à Vienne les 12 et 13 janvier 2011. Il a été précisé que chaque année, les tribunaux péruviens étaient saisis de 250 000 litiges concernant des services financiers, et qu’on estimait à 2 000 le nombre de différends annuels impliquant chacune des 60 institutions de microfinancement réglementées.

35 Voir www.financial-ombudsman.org.uk.

## B. Types de litiges

32. Parallèlement au manque de publications concernant les recherches sur le nombre et le type de plaintes reçues pour le secteur de la microfinance, peu d'attention est portée aux litiges concernant les petites entreprises dans les pays en développement, notamment à la fréquence du recours aux tribunaux ou à des mécanismes de résolution extrajudiciaires[36].

33. Selon des études faites par des organisations internationales bien connues, notamment Microfinance Pricing Transparency, l'opacité de la tarification et l'iniquité des contrats pourraient être responsables du nombre important de litiges dans le secteur de la microfinance[37]. L'OIDD a également réalisé une étude comparative des mesures de protection des clients de la microfinance *de jure* et *de facto*, qui a révélé que les emprunteurs formulaient souvent des plaintes concernant des déclarations incomplètes et inexactes quant aux conditions contractuelles et le fait que les institutions de microfinancement refusaient de restructurer les dettes en cas de difficultés de remboursement[38]. D'autres études concernant les pratiques abusives dans le secteur de la microfinance visent principalement des méthodes inappropriées de recouvrement des créances et le vol de biens appartenant aux clients[39]. Par ailleurs, en cas de défaillance de l'emprunteur, il semble que l'institution de microfinancement aurait intérêt à recourir à la médiation et à essayer de restructurer les prêts en allongeant les périodes de remboursement ou en baissant le montant des versements lorsque les flux de trésorerie des microentreprises sont réduits. Cependant, en analysant ce point, l'OIDD a constaté que les institutions de microfinancement ne semblaient pas attacher une grande attention à la restructuration, même quand le client manifestait son intérêt à cet égard[40]. La restructuration permettrait très certainement de conserver le client (lorsqu'un emprunteur est en défaut, on ne lui accorde normalement pas d'autres prêts, et l'institution de microfinancement perd alors le client). Il semblerait donc que la médiation soit dans l'intérêt aussi bien de l'institution que du client, plutôt qu'une saisie et la vente des biens du débiteur donnés en gage, comme cela a été précisé dans la première partie du présent document.

---

36 Dans le cadre d'une enquête réalisée au Pérou, les 30 propriétaires de petites entreprises interrogés ont indiqué que l'impression qu'ils avaient du système judiciaire les avait amenés à modifier leur comportement commercial de façon à éviter toute nécessité d'une intervention judiciaire pour l'exécution des contrats. Voir Herrero, Alvaro, et Henderson, Keith, *The cost of resolving small-business conflicts: the case of Peru*, Banque interaméricaine de développement, 2004.

37 L'organisation Microfinance Transparency a élaboré un calculateur de prix (accessible sur le site www.MFTransparency.org) où les pauvres peuvent saisir tous les frais (y compris en ce qui concerne l'assurance et les parties retenues ou bloquées du prêt qui constituent la garantie), afin de déterminer les taux d'intérêt annuels effectifs ou le coût réel de l'emprunt.

38 *Supra*, OIDD, p. 32 et 33; 62; 77; 79 et 80; 96 et 97 et 101.

39 Zeija, Flavian, *The Legal Requirements of Profitability, Sustainability, and Loan Recovery by Arrest and Imprisonment: A Dichotomy between Concern for the Poor and Concern for the Rich in Uganda*, IDLO Voices of Development Jurists, 2009. Accessible à l'adresse www.idlo.int/MF/Documents/Publications/60E.PDF.

40 *Supra*, OIDD, p. 33, 64 et 65.

## C. Questions à examiner

34. L'inégalité d'accès à la justice est telle qu'il faudrait mettre au point de nouveaux systèmes de règlement des litiges, innovants et plus efficaces, adaptés aux faibles revenus, niveaux d'alphabétisation et contraintes géographiques et culturelles des pauvres. Lorsqu'il y a déséquilibre entre le pouvoir de négociation des parties à un contrat, des méprises et des litiges sont susceptibles de survenir. Cependant, dans les pays en développement, où les pauvres n'ont que peu accès à des services financiers, les autorités de réglementation disposent rarement de ressources à affecter à des systèmes de règlement des litiges concernant des services financiers[41]. Ainsi, l'absence de mécanismes de règlement des litiges par des tiers semble constituer un obstacle aussi bien pour les clients cherchant à résoudre des litiges avec des institutions de microfinancement que pour les institutions financières cherchant à faire exécuter le recouvrement de créances valides.

35. À sa quarante-quatrième session, la Commission[42] a noté que, pour qu'un cadre juridique et réglementaire soit propice à la microfinance, il devrait comporter des procédures de résolution des litiges résultant d'opérations de microfinancement, qui soient équitables, efficaces, transparentes et peu coûteuses, et qu'il convenait d'examiner plus avant l'absence de telles procédures pour les clients de la microfinance. Ainsi, la Commission souhaitera peut-être:

a) Examiner si des systèmes alternatifs de règlement des litiges tels que l'arbitrage, la médiation et la conciliation pourraient constituer des solutions viables pour la résolution économique de différends portant sur de faibles montants et impliquant des pauvres; et en particulier, dans l'éventualité de l'élaboration d'un tel système, examiner les modes de financement qui lui permettraient de conserver son indépendance, ainsi que la manière dont les clients d'institutions de microfinancement vivant dans des régions reculées y auraient accès; il s'agit là de questions essentielles;

b) Examiner si le secteur de la microfinance doit s'appliquer à mieux comprendre les types de plaintes des clients et la manière dont celles-ci affectent la croissance de l'ensemble du secteur, et obtenir le soutien de la communauté juridique pour élaborer des mécanismes de résolution des litiges répondant aux besoins de la microfinance. À cet égard, il est indispensable d'évaluer précisément au préalable le nombre et le type de plaintes, pour établir si la résolution des litiges pourrait se faire plus efficacement par des systèmes alternatifs et, le cas échéant, quelles formes seraient les mieux adaptées aux besoins et aux modes de vie des pauvres. Une telle étude pourrait être réalisée par la CNUDCI, en collaboration avec des organismes des Nations Unies comme le PNUD et le Fonds d'équipement des Nations Unies (FENU), le Groupe consultatif d'assistance aux pauvres de la Banque mondiale, Accion International ou bien une grande institution de recherche ou un acteur important de la société civile s'intéressant à ces questions; et

c) Compte tenu des avancées technologiques dans les domaines des services bancaires mobiles et de la monnaie électronique (que les institutions de

---

41 Voir Brix, Laura et McKee, Katharine, *Consumer Regulation in Low-Access Environments: Opportunities to Promote Responsible Finance*, CGAP Focus Note n° 60, février 2010.

42 *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 17* (A/66/17), par. 242 et 246.

microfinancement utilisent déjà dans plusieurs pays pour distribuer les prêts), examiner s'il conviendrait aussi d'étudier la possibilité de mettre en place des systèmes de règlement des litiges en ligne applicables au secteur de la microfinance. De tels systèmes pourraient atteindre les pauvres des zones rurales, même s'il peut être nécessaire d'organiser, au préalable, une vaste campagne de sensibilisation à ce type de règlement des litiges.

# IV. Monnaie électronique

## A. Perspectives d'inclusion financière

36. La monnaie électronique peut être une passerelle utile entre les pauvres et les services financiers. La monnaie électronique renvoie à une valeur échangée par la seule voie électronique, au moyen de réseaux informatiques, de l'Internet et de systèmes de stockage de valeurs numériques (voir A/CN.9/698). Pour utiliser la monnaie électronique, le client convertit de la monnaie tangible en monnaie électronique, habituellement auprès d'un agent du fournisseur de service. Il peut également avoir accès à d'autres services financiers, notamment des comptes d'épargne associés et des crédits sous forme de monnaie électronique. La croissance de ce secteur a été très rapide dans les pays en développement, où un pourcentage important de la population n'est pas bancarisé. D'après les chiffres présentés au colloque de la CNUDCI, quelque 364 millions de personnes à faible revenu et non bancarisées pourraient utiliser des services financiers mobiles d'ici à 2012[43].

## B. Situation actuelle du secteur

37. On compte environ 130 initiatives en matière d'argent mobile à travers le monde[44]. Dans les pays en développement, le téléphone portable a démontré sa remarquable capacité à atteindre les villages reculés, où les banques et même les institutions de microfinancement sont absentes en raison des coûts d'infrastructure élevés[45]. Les opérateurs de téléphonie mobile sont en relation avec des milliers d'agents chargés de convertir des espèces en monnaie électronique et vice versa dans tout le pays, ce qui donne un avantage commercial de taille aux initiatives en matière de monnaie électronique conçues par les acteurs du secteur des télécommunications. Les agents de ce secteur ont aussi l'habitude des transactions en espèces portant sur de faibles montants et de gros volumes.

*La monnaie électronique favorise la collaboration entre les secteurs des télécommunications et de la finance*

38. Cependant, les rapports des entreprises de télécommunications avec les banques et les institutions de microfinancement évoluent sans cesse. Plusieurs

---

43 Voir CNUDCI, A/CN.9/727.

44 Dolan, Jonathan, *Accelerating the Development of Mobile Money Ecosystems*, Washington, Société financière internationale et Harvard Kennedy School, 2009.

45 Voir aussi *Innovative Financial Inclusion, Principles and Report on Innovative Financial Inclusion*, du Sous-Groupe sur l'accès par l'innovation du Groupe d'experts du G-20 sur l'inclusion financière, 3 mai 2010, p. 3, 30 et 31.

initiatives conjointes ont récemment été lancées afin de déployer une plus large palette de services financiers par l'intermédiaire des téléphones mobiles. Par exemple, l'ONG internationale CARE a mis en place un partenariat avec Orange/Telkom Kenya et Equity Bank pour proposer des comptes d'épargne aux associations villageoises d'épargne et de crédit. Les agents d'Equity/Orange offrent des services à la fois de dépôt et de retrait[46].

39. Les récents événements sur la scène financière internationale ont montré que l'autoréglementation pratiquée par les institutions financières ne suffisait souvent pas à protéger la clientèle ou à lui inspirer une confiance durable. Il est donc essentiel que les organismes de réglementation suivent attentivement les évolutions en matière de monnaie électronique.

*Les banques centrales des pays en développement suivent activement les initiatives non bancaires en matière de monnaie électronique et s'y associent afin d'élaborer une réglementation adaptée*

40. Aussi bien au Kenya qu'aux Philippines, où fleurissent les initiatives en matière de monnaie électronique, les organismes de réglementation ont tout d'abord observé la situation puis ils ont noué le dialogue avec les acteurs du secteur et en ont tiré des enseignements[47], ce qui leur a permis d'évaluer les répercussions potentielles de la monnaie électronique et les risques qui y sont associés avant de déterminer comment réglementer à ce sujet. Se fondant sur leurs observations, les banques centrales des deux pays ont établi le niveau approprié de surveillance applicable aux acteurs du domaine de la monnaie électronique, selon leurs activités plutôt que selon le type d'institution.

41. Par la suite, les autorités philippines ont publié la circulaire n° 649 de 2009[48] sur la monnaie électronique et la Banque centrale du Kenya a émis une lettre de non-intervention concernant les activités de M-Pesa. À ce jour, le Kenya ne dispose d'aucune réglementation en matière de monnaie électronique (mais un projet de réglementation a été publié)[49]. Les deux banques centrales ont reçu de nombreux éloges, non seulement pour leur action en matière réglementaire en ce qui concerne la monnaie électronique mais également pour leur engagement en faveur de l'inclusion financière[50]. Les deux pays jouissent donc d'une expérience positive en manière de monnaie électronique, du triple point de vue de la réglementation, des marchés et de la clientèle.

42. Aux Philippines, Smart Money et Globe G-Cash (deux produits de monnaie électronique liés respectivement à une banque et à un opérateur de

---

[46] *CARE, Equity Bank et Orange lancent un partenariat pour relier les groupes d'épargne communautaires aux banques par téléphone mobile*, Communiqué de presse, 16 mars 2012, accessible en anglais à l'adresse www.care.org/newsroom/articles/2012/03/care-mobile-banking-services-kenya-20120316.asp.

[47] Les Principes pour l'inclusion financière par l'innovation du G-20 font explicitement état de l'efficacité d'une démarche d'apprentissage par l'expérience. Voir *Innovative Financial Inclusion, Principles and Report on Innovative Financial Inclusion*, du Sous-Groupe sur l'accès par l'innovation du Groupe d'experts du G-20 sur l'inclusion financière, 3 mai 2010, p. 24 et 25.

[48] Accessible à l'adresse www.cgap.org/gm/document-1.9.44821/Circular%20649.pdf.

[49] www.centralbank.go.ke/downloads/nps/Electronic%20%20Retail%20and%20E-regulations.pdf.

[50] Voir CNUDCI, A/CN.9/727.

télécommunications[51], lancés en 2003 et en 2004) ont à eux deux plus de 9 millions d'abonnés. En juin 2011, la société kényane de services mobiles Safaricom comptait 14,91 millions de clients pour son service M-Pesa et elle avait effectué des transactions à hauteur de 3,15 milliards de dollars en l'espace de six mois[52]. Par la suite, Safaricom a fondé un partenariat avec Equity Bank Kenya pour proposer aux clients de M-Pesa, outre des produits d'assurance, un compte d'épargne rémunéré et un service international pour les transferts de fonds de la diaspora kényane (en partenariat avec Western Union).

*Acquisitions faites par les organismes de cartes de crédit sur le marché de la monnaie électronique*

43. Les grands organismes de cartes de crédit mettent aussi en place des services de monnaie électronique. L'un des réseaux internationaux de cartes de crédit achète actuellement des plates-formes de monnaie électronique. Par exemple, en juin 2011, Visa a fait l'acquisition d'une plate-forme sud-africaine de monnaie électronique *Fundamo*, qui comptait 5 millions d'abonnés et dont les prévisions de croissance tablaient sur plus de 180 millions de clients[53]. En décembre 2011, Visa a également conclu un contrat avec le Gouvernement rwandais portant sur la prestation de services financiers à ce dernier et à la population, et la mise en place de programmes d'alphabétisation pour les citoyens du Rwanda[54]. Si des acquisitions et des accords (parfois exclusifs) avec les gouvernements continuent d'être conclus, la concurrence entre fournisseurs de monnaie électronique pourra s'en ressentir, avant même que le secteur n'ait pu atteindre sa maturité. Les autorités chargées de la concurrence devraient donc suivre attentivement le développement de ce secteur. Il faudrait aussi prendre en compte l'exigence d'interopérabilité des réseaux, pour permettre à de nouveaux acteurs d'entrer sur le marché. Dans la pratique, le consommateur pourrait ainsi envoyer des fonds à partir de n'importe quel fournisseur de services vers tout utilisateur d'un autre fournisseur de services, sans avoir à utiliser de multiples cartes SIM ou comptes en monnaie électronique.

---

51 Voir aussi le document *Innovative Financial Inclusion, Principles and Report on Innovative Financial Inclusion*, du Sous-Groupe sur l'accès par l'innovation du Groupe d'experts du G-20 sur l'inclusion financière, p. 31.

52 *Présentation des résultats semestriels de Safaricom, novembre, 2011*, accessible en anglais à l'adresse www.safaricom.co.ke/fileadmin/About_Us/Documents/Half%20Year%20Results%20September%202011.pdf.

53 *Visa fait l'acquisition de Fundamo et signe un nouvel accord avec Monitise*, communiqué de presse de Visa, 9 juin 2011, accessible en anglais à l'adresse http://corporate.visa.com/media-center/press-releases/press1128.jsp.

54 *Le partenariat Visa-Rwanda va dynamiser les services financiers électroniques*, communiqué de presse de Visa, 5 décembre 2011, accessible en anglais à l'adresse http://pressreleases.visa.com/phoenix.zhtml?c=215693&p=irol-newsarticlePR&ID=1635856&highlight=. Visa compte obtenir 50 % de ses recettes en dehors du marché des États-Unis d'ici à 2015. Le marché rwandais intéresse les fournisseurs de monnaie électronique et d'autres services financiers comme Visa car le PIB par habitant du Rwanda devrait passer de 220 dollars en 2000 à 1 000 dollars en 2020. En matière d'inclusion financière toutefois, le fait que la frontière s'estompe entre fournisseurs de services de paiement et fournisseurs de services de crédit est préoccupant. L'octroi (excessif) de crédit à des populations à revenu relativement modeste peut avoir de sérieuses répercussions sur l'économie et la culture d'un pays.

*Risques potentiels que pose la monnaie électronique pour le consommateur*

44. Les risques potentiels pour la clientèle de la monnaie électronique sont notamment les suivants:

a) Une partie importante des revenus du client stockés sur un téléphone portable ou une carte prépayée pourrait être perdue suite à des actes de piratage et de fraude;

b) Des problèmes de liquidités, l'insolvabilité ou la faillite d'un fournisseur (ou d'un agent) pourraient compromettre la capacité d'un client à accéder à des fonds, de manière temporaire ou peut-être même permanente;

c) L'accès accru à des produits de crédit pourrait aussi entraîner des niveaux accrus de surendettement pour les personnes déjà proches du seuil de pauvreté; et

d) Les données personnelles et financières et l'historique des achats sont de plus en plus partagés avec les commerçants, ce qui soulève des préoccupations quant au respect de la vie privée[55].

## C. Nouvelles questions réglementaires concernant un secteur dynamique

45. Il semblerait que les fournisseurs non bancaires de services de monnaie électronique soient en train de se transformer en fournisseurs de services financiers à part entière, notamment par le biais de partenariats avec des institutions de services financiers soumises à des normes prudentielles[56]. Mais quelle doit être l'attitude d'un organisme réglementaire face à des fournisseurs non bancaires de services de monnaie électronique, tels que des sociétés de télécommunications ou des institutions de cartes de crédit, qui ne sont partenaires d'aucune institution financière réglementée mais offrent pourtant des services similaires à ceux d'une banque? Et des montants stockés pourraient-ils jamais devenir des comptes d'épargne?

46. À ce jour, tous les pays où il existe des initiatives en matière de services financiers mobiles exigent que l'intégralité de la valeur électronique de la clientèle soit garantie par des dépôts dans une banque réglementée[57]. Et, jusqu'à présent, les

---

[55] Comme on le voit déjà sur Internet et dans les avancées de la technologie en matière de smartphones, non seulement les entreprises vont suivre les habitudes de recherche, le contenu des courriels (Gmail et Hotmail) et les habitudes d'achat des consommateurs, leur envoyant des publicités ciblées reposant sur les achats qu'ils ont effectués, mais elles pourront aussi suivre leurs déplacements physiques.

[56] La Colombie, par exemple, a adopté plusieurs décrets pour encourager la microépargne en proposant aux petits épargnants des procédures simplifiées pour l'ouverture de comptes d'épargne traditionnels (Circular Externa 053/09), et même des décrets portant sur les comptes d'épargne électronique (décrets 4590/08 et 1349/09). Bureau de la mission permanente de la Colombie auprès de l'Organisation des Nations Unies, Communication EMD-096, 30 janvier 2012.

[57] *The Mobile Financial Services Development Report 2011*, World Economic Forum USA, Inc. 2011, accessible à l'adresse www.weforum.org/reports/mobile-financial-services-development-report-2011.

pays ayant plus d'expérience en matière de monnaie électronique, comme les Philippines, le Kenya et la Malaisie, ont estimé que cette monnaie ne constituait pas un dépôt en tant que tel, mais correspondait plutôt à des fonds opérationnels demeurant sur un compte dans l'attente d'être virés. Toutefois, aucun État n'a explicitement déclaré qu'une institution de télécommunications dont les "espèces virtuelles" étaient déposées dans une banque réglementée *ne pouvait pas décider* de payer des intérêts sur la valeur stockée. Autoriser le paiement d'intérêts sur des comptes de valeur stockée et intégralement garantie par des dépôts dans des institutions financières réglementées pourrait constituer un outil supplémentaire en vue de l'inclusion financière des pauvres.

47. D'éminents membres du Groupe consultatif d'assistance aux pauvres qui soutiennent l'inclusion financière sont également favorables à ce qu'on autorise les fournisseurs de monnaie électronique non bancaires à verser des intérêts, sous réserve que les fonds soient protégés par des programmes d'assurance.

*Préoccupations relatives à l'intégrité du secteur financier et à la criminalité financière*

48. S'agissant de l'intégrité du secteur financier, certaines préoccupations relatives au blanchiment d'argent et au financement du terrorisme n'ont assurément pas encore été traitées. Toutefois, contrairement aux transactions en espèces, la monnaie électronique permet de contrôler les opérations suspectes, ce qui est impossible dans le cas des paiements en liquide. Encore une fois, le Kenya a choisi, dans une première phase, la voie d'un accord de déclaration volontaire, par le biais duquel les sociétés de télécommunications présentent des rapports à la Banque centrale, notamment sur les opérations et modalités suspectes. Les sommes qui peuvent être détenues et transférées par Safaricom sont par ailleurs limitées[58]. En outre, le Kenya a également appliqué de manière rétroactive le principe d'identification de la clientèle ("know your customer"), en exigeant que chaque carte SIM soit enregistrée au nom d'un utilisateur; étant entendu que ceux qui ne fourniraient pas de données d'identification suffisantes à la société émettrice verraient leur compte résilié (dans la mesure où un pourcentage important des cartes avait été vendu avant l'existence de M-Pesa, lorsque aucun document n'était requis)[59]. L'Afrique du Sud, la Tanzanie et l'Éthiopie exigent également l'enregistrement obligatoire des numéros de cartes SIM, pour lutter contre la criminalité financière et le terrorisme[60].

*Sécurité de la plate-forme de monnaie électronique pour la clientèle*

49. L'intégrité des logiciels utilisés par les institutions de télécommunications qui fournissent de la monnaie électronique constitue également une priorité. Au Kenya, Safaricom a géré cet aspect de la question en se soumettant, à la demande de la Banque centrale, à un audit approfondi mené par un cabinet-conseil[61]. Il serait

---

[58] Mutegi, M., *Kenya: Safaricom in Talks to Raise M-Pesa Limit*, AllAfrica.com, 4 octobre 2010, accessible à l'adresse http://allafrica.com/stories/201010080127.html.

[59] *Il est maintenant obligatoire d'enregistrer votre carte SIM*, Commission des communications du Kenya, communiqué de presse, 21 juin 2010, accessible en anglais à l'adresse www.cck.go.ke/news/2010/news_21june2010.html.

[60] Id.

[61] Alliance for Financial Inclusion, *Enabling mobile money transfer: The Central Bank of Kenya's treatment of M-Pesa*, 2010, p. 5.

certainement possible d'agir comme les entreprises de cartes de crédit le faisaient dans le passé, tout comme le secteur des assurances, pour faire face à la fraude. Par ailleurs, il devrait être obligatoire de disposer d'un système de règlement des litiges équitable et clairement présenté.

*Statut juridique de la monnaie électronique et des opérations dans lesquelles elle est utilisée*

50. De même, alors que les microentreprises commencent à effectuer un plus grand nombre d'opérations commerciales avec de la monnaie électronique, quel est le statut juridique des paiements réalisés uniquement en monnaie électronique? Pour les remboursements, le client est-il obligé d'accepter de la monnaie électronique plutôt que des espèces[62]? Il s'agit là aussi d'un domaine nouveau, dans lequel peu de pays disposent d'une législation applicable.

## D. Points à examiner

51. Du point de vue de l'inclusion financière, la question fondamentale relative à la monnaie électronique pourrait être d'établir si les fournisseurs de monnaie électronique non bancaires peuvent verser des intérêts sur la valeur stockée. Étant donné que les premiers acteurs du secteur de la monnaie électronique sont des institutions de télécommunications et de cartes de crédit, la CNUDCI pourrait examiner, avec les organismes de réglementation, les modalités permettant d'autoriser ces institutions à offrir, en toute sécurité, des assurances et des comptes d'épargne rémunérés, peut-être au moyen d'une réglementation fixée selon le type de service financier proposé. De même, les fournisseurs de monnaie électronique non bancaires souhaitant proposer des produits de crédit devraient mettre en place des mesures permettant de juger l'adéquation entre le service financier offert et les besoins et capacités de remboursement de la clientèle[63].

52. La vente de services financiers inadaptés peut être une source de surendettement, d'où la crise du remboursement dans le secteur de la microfinance de bon nombre de pays en développement. Il semblerait donc opportun que la communauté internationale élabore des pratiques optimales en ce qui concerne le prêt responsable de produits de crédit électronique. La CNUDCI pourrait contribuer à amorcer le dialogue entre les pays.

53. En outre, la monnaie électronique étant le fruit d'une technologie encore récente, des faiblesses en matière de sécurité pourraient apparaître avec le temps. Des audits réguliers de la sécurité de la plate-forme logicielle, notamment des

---

62 À Singapour, l'autorité de réglementation avait estimé que les commerçants devraient être obligés d'accepter les paiements en monnaie électronique avant 2008. Electronic Money: the new legal tender, ZDnet.com, 21 décembre 2000, accessible à l'adresse http://m.zdnet.com.au/electronic-money-the-new-legal-tender-120107819.htm. Le Nigéria s'efforce aussi de mettre en place une société fondée sur un système sans argent liquide. Ainsi, on peut penser que la monnaie électronique aura cours légal par défaut.

63 Voir la *National Credit Act* (loi nationale sur le crédit) de l'Afrique du Sud. Jusqu'à présent, l'Afrique du Sud semble être le seul pays qui exige des institutions financières qu'elles veillent à la conformité du service financier fourni aux besoins du client. République d'Afrique du Sud, n° 34, 2005; *National Credit Act*, 2005 accessible à l'adresse www.ncr.org.za/pdfs/NATIONAL_CREDIT_ACT.pdf.

protocoles de protection des données relatives à la vie privée de la clientèle, devraient être effectués par des spécialistes de la sécurité externes. La CNUDCI pourrait jouer un rôle utile dans l'élaboration de lignes directrices sur l'intégrité des plates-formes de monnaie électronique et dans la détermination de la fréquence des audits des systèmes et des aspects auxquels ils devraient s'attacher en priorité.

54. La Commission voudra peut-être envisager de faire réaliser une étude des questions mentionnées ci-dessus, afin de mettre au point des lignes directrices ou des recommandations d'ordre législatif appropriées, l'objectif étant de définir une approche harmonisée de la réglementation applicable aux institutions financières non bancaires qui offrent des services de monnaie électronique allant au-delà de simples transferts; cette approche devrait établir un équilibre entre: a) les besoins de l'inclusion financière et b) la nécessité de protéger les clientèles vulnérables dans une économie mondiale interconnectée et encore fragile.

## C. Questions juridiques ayant une incidence dans le domaine de la microfinance – observations formulées par la Section internationale de l'Association of the Bar of the State of New York (A/CN.9/757)

**[Original: anglais]**

La Section internationale de l'Association of the Bar of the State of New York a transmis au secrétariat de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) ses observations concernant le rôle de la CNUDCI dans la microfinance. On trouvera en annexe à la présente note la traduction du texte de ces observations tel qu'il a été reçu par le Secrétariat, et dont seule la mise en forme a été modifiée.

**TABLE DES MATIÈRES**

*Paragraphes*

I. Introduction . . . . . 1-6

II. La transparence en tant que partie intégrante de l'inclusion financière . . . . . 7-9

III. Mise à profit des possibilités futures . . . . . 10-11

---

# Annexe

# I. Introduction

1. La microfinance et les questions se rapportant généralement à l'inclusion financière sont désormais au centre de l'attention des organismes internationaux de normalisation qui donnent des orientations aux gouvernements et aux organismes de réglementation sur la conduite, les pratiques et la gouvernance des institutions de microfinance (IMF) et de leurs investisseurs. Le moment est donc venu pour la CNUDCI, dont le mandat consiste notamment à promouvoir l'harmonisation et la modernisation du droit commercial en élaborant des normes internationales, de se pencher sur les questions juridiques et réglementaires qui se posent dans le domaine de la microfinance. Ce travail favorise l'état de droit et permet d'avancer dans la réalisation des objectifs du Millénaire pour le développement. La CNUDCI a lancé des processus de collecte d'informations dans ce domaine, par exemple en organisant un colloque sur la microfinance en janvier 2011 et en distribuant des questionnaires que les États membres sont en train de remplir au sujet des pratiques en vigueur en matière de microfinance sur leur territoire.

2. En donnant des orientations pour la création d'un cadre juridique efficace et prévisible, la CNUDCI apportera une contribution particulière aux économies des pays en développement, où la croissance du secteur de la microfinance a renforcé le besoin de structures juridiques adaptées aux particularités des IMF; cette évolution sur le plan juridique favorisera la croissance économique et le commerce. Étant

donné l'importance de la microfinance dans l'économie nationale et les stratégies d'atténuation de la pauvreté de ces pays, les efforts menés en temps utile par la CNUDCI peuvent créer un climat propice à des marchés guidés par des principes juridiques solides et des systèmes réglementaires transparents.

3. Dans son rapport à l'Assemblée générale sur les travaux de sa quarante-quatrième session en 2011, la Commission a recensé, en vue de les examiner ultérieurement, quatre domaines juridiques de fond que les autres organismes de normalisation ne traitent pas[1]. Ces domaines (ci-après dénommés "les questions identifiées") sont: 1) la constitution de sûretés trop importantes et l'affectation en garantie de biens sans valeur économique; 2) l'argent électronique, y compris en tant qu'épargne; la question de savoir si les "émetteurs" d'argent électronique pratiquent une activité bancaire et à quel type de réglementation ils sont soumis; et la couverture de ces fonds par des programmes d'assurance des dépôts; 3) la mise en place de procédures équitables, rapides, transparentes et peu onéreuses de règlement des différends naissant d'opérations de microfinancement; et 4) la facilitation de l'utilisation des prêts garantis aux microentreprises et aux petites et moyennes entreprises, et la promotion de la transparence dans ce type de prêts[2].

4. La Commission a estimé qu'elle ne devait pas reproduire les efforts internationaux déjà mis en œuvre dans le domaine de l'inclusion financière. Étant donné que les travaux des autres organismes de normalisation ne sont pas particulièrement axés sur leur harmonisation au niveau mondial, la CNUDCI a un rôle important à jouer en ce qui concerne les questions identifiées.

5. La note du Secrétariat[3] en date du 1er avril 2011 étudiait huit organismes de normalisation s'occupant de questions d'inclusion financière, et un livre blanc établi par le Groupe consultatif d'assistance aux plus pauvres au nom du Partenariat mondial pour l'inclusion financière du G-20 passait en revue les travaux de cinq autres organismes de normalisation[4]. Ces documents montrent une certaine convergence sur des questions d'assurance, de prêts et de réglementation prudentielle des institutions qui acceptent des dépôts, mais les questions identifiées n'ont pas fait l'objet d'un examen aussi minutieux[5]. Par exemple, le Groupe d'action financière (GAFI) est un organe intergouvernemental qui élabore et promeut des politiques internationales de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. Les IMF se heurtent depuis longtemps à des problèmes pour appliquer à la microfinance les normes du GAFI, qui sont souvent inadaptées à

---

1 Assemblée générale, Documents officiels, *soixante-sixième session, Supplément n° 17*: Rapport de la CNUDCI, *quarante-quatrième session* (27 juin-8 juillet 2011), A/66/17, par. 246.

2 Id.

3 CNUDCI, *quarante-quatrième session*, Questions juridiques et réglementaires qui se posent dans le domaine de la microfinance, note du Secrétariat (Vienne, 27 juin-8 juillet 2011), A/CN.9/727.

4 "Global Standard-Setting Bodies and Financial Inclusion for the Poor: Toward Proportionate Standards and Guidance", livre blanc établi par le Groupe consultatif d'assistance aux plus pauvres au nom du Partenariat mondial pour l'inclusion financière du G-20.

5 Certaines organisations non gouvernementales encouragent des pratiques optimales relatives à des sujets similaires dont la Commission pourra s'inspirer. Voir par exemple MFTransparency (www.mftransparency.org); The Smart Campaign, Client Protection Principles (www.smartcampaign.org); et également The Microcredit Summit Seal of Excellence (www.microcreditsummit.org/about/the_seal_of_excellence).

ce secteur et en empêchent la croissance. Par conséquent, le GAFI traite les questions de proportionnalité dans sa norme “connaissez votre client” relative au contrôle des opérations potentielles de blanchiment d’argent. Il examine les questions d’orientation que soulève la régularisation du commerce informel du point de vue de ces préoccupations, mais les questions juridiques centrales ne sont pas étudiées d’aussi près.

6. La CNUDCI peut dégager un consensus entre les États membres sur des lois types accompagnées de dispositions contractuelles normalisées pour les opérations de microfinancement, tout en traitant également diverses questions juridiques à caractère technique, telles que les nouvelles méthodes de paiement. Les préoccupations connexes sont notamment l’applicabilité relative des lois des pays d’origine et de destination des transferts de fonds internationaux; la constitution légale d’épargne; et l’établissement de normes juridiques qui concilient les intérêts divergents des investisseurs internationaux, des IMF, des microemprunteurs et de leurs communautés locales en matière de protection. La Commission peut également élaborer, si besoin est, une série de règles de droit applicables en coordination avec la Conférence de La Haye de droit international privé et UNIDROIT. La microfinance profiterait également d’initiatives de la CNUDCI dans le domaine de l’argent mobile car, en cas de défaut, ces nouveaux systèmes de paiement simplifient les virements pour le service des emprunts, ce qui parallèlement encourage l’investissement[6]. Ces initiatives pourraient notamment consister à élaborer des dispositions types sur les transactions électroniques fondées sur les travaux existants de la CNUDCI en matière de commerce électronique. Les orientations de la CNUDCI dans ce domaine permettraient à la fois d’aider les pays qui ont du mal à gérer ce genre de modèle et de renforcer la confiance des investisseurs, ce qui faciliterait le commerce.

## II. La transparence en tant que partie intégrante de l’inclusion financière

7. Parmi les questions identifiées, il est particulièrement judicieux que la CNUDCI examine la transparence des prêts. La législation applicable aux institutions financières dont les services s’adressent principalement aux petits emprunteurs n’est pas très développée dans de nombreux pays. L’octroi de crédit à des conditions justes aux communautés économiquement vulnérables qui font appel à la microfinance est une obligation morale. Compte tenu de l’accroissement des activités de microfinance dans le monde[7], une loi type ou un guide législatif rédigé par la Commission serait une ressource utile pour les pays en développement. Comme le Secrétariat l’a fait observer, “des orientations pragmatiques sur la

---

[6] Voir “Throwing in the Towel: Lessons from MFI liquidations”, Daniel Rozas (20 septembre 2009) sur www.microfinancefocus.com/news/wp-content/uploads/2009/09/Throwing-in-the-Towel.pdf.

[7] “Si le montant total des crédits octroyés par les institutions de microfinancement ne représente toujours qu’une faible part du total des fonds prêtés dans le monde en développement, un certain nombre d’éléments donnent néanmoins à penser que dans de très nombreux pays les institutions de microfinancement ont plus de clients et accordent plus de crédits que les banques.” CNUDCI, *quarante-troisième session*, Microfinance et développement économique international, note du Secrétariat (New York, 21 juin-9 juillet 2010), A/CN.9/698, par. 15.

réglementation de la microfinance par un organisme tel que la CNUDCI, qui se justifient de par les contributions des représentants de ses États membres et sa mise au point d'instruments juridiques axés sur le consensus, pourraient s'avérer très précieuses pour les pays ayant des régimes réglementaires moins développés et des ressources moins importantes à affecter à l'étude des questions liées à la promulgation de textes législatifs sur la microfinance"[8].

8. Transparence des produits et services financiers:

i) *Comptes d'épargne obligatoire*[9]. Certaines IMF exigent que les emprunteurs versent une partie de leur emprunt sur un compte d'épargne obligatoire auprès de l'organisme de crédit. Ces comptes sont souvent bloqués au lieu d'être disponibles "à la demande" (autrement dit, les emprunteurs ne peuvent pas y accéder librement). La plupart des IMF n'en tiennent pas compte pour le calcul des coûts qu'ils communiquent à l'emprunteur. En outre, certaines IMF prélèvent des frais de gestion de compte, qui ne sont pas non plus toujours communiqués. La reconnaissance par la loi locale de ces comptes d'épargne comme une garantie de prêt varie; même lorsqu'ils sont considérés comme une garantie, l'absence de registres efficaces dans de nombreux États réduit l'utilité d'une telle garantie pour les investisseurs[10]. Ces faiblesses sont importantes car, en cas de faillite d'une IMF, l'affectation de biens en garantie est un facteur déterminant pour le remboursement par l'emprunteur[11]. Ainsi, la question des comptes d'épargne touche plusieurs des questions identifiées. Un ensemble d'orientations établi sous l'égide de la CNUDCI pour les normes de transparence dans le cadre d'une loi type accompagnée de dispositions contractuelles normalisées peut résoudre les problèmes liés à l'utilisation de comptes d'épargne obligatoire et assurer une cohérence dans la reconnaissance de ces comptes comme garantie par les IMF. De telles solutions seraient avantageuses pour toutes les parties et favoriseraient un développement responsable du secteur;

ii) *Transparence des prix et formules de déclaration normalisées*. Pour renforcer la concurrence entre les IMF, les emprunteurs doivent avoir accès aux informations qui leur permettent d'évaluer correctement les produits offerts par ces institutions. Les taux d'intérêt annuels peuvent leur être utiles pour comparer les produits de microcrédit. Les lois sur la transparence des conditions de crédit peuvent obliger les IMF à calculer des taux annuels qui n'incluent pas seulement

---

[8] Id., par. 63.

[9] Id., par. 54: "Il semble que de nombreuses institutions de microfinancement exigent maintenant des garanties pour les prêts sous forme de 'dépôts forcés' où le prêteur retient un pourcentage du prêt, fréquemment sans versement d'intérêts par ce dernier à l'égard de la somme retenue. Cela influence le taux d'intérêt réel bien que les emprunteurs ne se trouvent souvent pas dans une situation leur permettant de parfaitement le comprendre."

[10] Si elle entreprend de traiter les questions de microfinance, la CNUDCI devrait exploiter les travaux en cours du Groupe de travail VI (Sûretés) concernant les orientations législatives sur les systèmes de registre des sûretés. Voir également "Disintermediating Avarice: A Legal Framework for Commercially Sustainable Microfinance", Steve L. Schwarcz, Revue de droit de l'Université de l'Illinois (vol. 2011, p. 1165).

[11] Voir Rozas (note de bas de page 6). Bien que les prêts non garantis soient la pierre angulaire du microcrédit, les recherches de Rozas sur les liquidations d'IMF indiquent que la constitution de garanties favorise le remboursement des prêts, même chez les microemprunteurs. Selon son étude, une garantie effective est le facteur le plus fiable permettant de prévoir le remboursement par le client une fois que son IMF a cessé d'accorder de nouveaux prêts.

l'intérêt payé sur le prêt mais aussi tous les frais, le prix de l'assurance obligatoire (lorsqu'une telle assurance est exigée) et le coût des comptes d'épargne obligatoire, qui peuvent effectivement faire office de dépôts de garantie. Par ailleurs, afin de faciliter les comparaisons entre les différents produits de microcrédit, les lois locales peuvent exiger que les IMF fournissent des formulaires de déclaration, des plans de remboursement et des contrats normalisés. La CNUDCI peut promouvoir une transparence plus grande et plus systématique des opérations de prêt en harmonisant les dispositions des contrats de prêt et les normes juridiques connexes dans le cadre d'une loi type. Cela est de nature à encourager l'investissement national et international dans les IMF dans la mesure où la prévisibilité juridique entraîne une réduction des risques qui devrait à son tour apporter des avantages économiques aux microemprunteurs;

iii) *Méthodes de calcul des taux d'intérêt basées sur un taux uniforme ou un taux dégressif*. Selon la méthode du taux uniforme, le prêteur fait payer à l'emprunteur des intérêts sur le montant initial du prêt pendant toute sa durée, quels que soient les montants que l'emprunteur a déjà remboursés. La méthode du taux dégressif, quant à elle, tient compte des montants remboursés et applique un intérêt au solde dégressif du prêt. Pour que les emprunteurs puissent comparer les prix entre les différentes IMF, il faudrait que celles-ci utilisent toutes la même méthode de calcul du taux d'intérêt. Pour l'emprunteur, la méthode du taux uniforme signifie qu'il paie plus que le montant initialement annoncé. Par exemple, un prêt annoncé à "2 % par mois" aurait en réalité un coût annualisé de 24 % avec la méthode du taux dégressif et un coût annualisé de 40 à 48 % – près du double – si l'on applique un taux "uniforme". Dans le cadre de ses travaux concernant la microfinance, la CNUDCI pourrait examiner des méthodes visant à encourager l'utilisation systématique du taux dégressif ou, tout au moins, une information claire de l'emprunteur, afin d'éviter les pratiques abusives[12].

9. La CNUDCI peut favoriser le développement de l'inclusion financière par divers moyens, notamment des lois types, des orientations législatives et d'autres méthodes axées sur des opérations et des contrats propres à ce secteur afin d'adapter les services et les produits financiers pour en faire bénéficier davantage les parties qui n'y ont pas assez accès.

## III. Mise à profit des possibilités futures

10. Le caractère interdisciplinaire de la microfinance offre un certain nombre de possibilités à la CNUDCI. Lorsque les États membres de la CNUDCI seront parvenus à un consensus sur les questions juridiques connexes, il serait souhaitable de charger un groupe de travail spécial sur les questions de microfinance d'élaborer selon que de besoin des textes législatifs, des guides, des normes et des dispositions contractuelles. Toutefois, si la CNUDCI juge la création d'un nouveau groupe de travail prématurée, elle devrait étudier d'autres moyens de faire progresser au mieux les travaux dans ce domaine, y compris en utilisant les ressources d'organisations externes et en recherchant un financement spécial en dehors des mécanismes

---

[12] Certains pays ont déjà interdit l'utilisation du taux uniforme. Voir http://www.mftransparency.org/pages/wp-content/uploads/2011/10/Case-Study_Cambodia_Regulation-Outlawing-Flat-Interest.pdf.

budgétaires classiques. Elle pourrait aussi envisager de séparer certaines des questions identifiées pour les faire examiner par des groupes de travail distincts; de mettre en place un autre colloque ou un groupe d'experts; ou de collaborer avec d'autres organismes de normalisation pour élaborer des règles et des contrats types favorisant la microfinance.

11. De nombreuses parties prenantes peuvent contribuer à ce processus, dont les organisations professionnelles d'avocats, les universitaires et les promoteurs du microcrédit. La CNUDCI devrait s'appuyer sur les connaissances et les compétences spécialisées de ces parties, ainsi que sur les résultats de ses questionnaires et sur ses décisions pertinentes pour intensifier ses efforts visant à mettre au point des outils juridiques permettant de promouvoir la microfinance.

## D. Travaux futurs envisageables dans le domaine du droit international des contrats – proposition de la Suisse sur les travaux futurs envisageables de la CNUDCI dans le domaine du droit international des contrats (A/CN.9/758)

**[Original: anglais]**

# I. Introduction

1. En vue de la préparation de la quarante-cinquième session de la Commission, le Gouvernement suisse a soumis au Secrétariat une proposition à l'appui des travaux futurs dans le domaine du droit international des contrats. La version anglaise de cette note a été soumise au Secrétariat le 2 mai 2012. On trouvera en annexe à la présente note la traduction du texte de la proposition tel qu'il a été reçu par le Secrétariat.

# Annexe

# I. Résumé analytique

Le volume global mondial du commerce de marchandises a de nouveau sensiblement augmenté au cours de la dernière décennie. Bien que l'accès au droit étranger soit facilité par les moyens de communication modernes, les divergences entre les droits nationaux des contrats continuent de peser sur le commerce international. Les initiatives internationales telles que la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM) de 1980 ont grandement amélioré le niveau de sécurité juridique pour de nombreuses parties à des contrats de vente internationale de marchandises. Toutefois, en vertu de cette Convention, des domaines importants sont laissés au droit interne applicable. Au cours des 30 dernières années, de nombreux efforts ont été déployés pour élaborer au niveau régional un corps de règles uniformes de droit des contrats. Pourtant, lorsqu'ils ont abouti, ces efforts ont pu rendre la conclusion de contrats internationaux encore plus complexe. Cela étant, ils ont démontré le besoin d'harmonisation et ont peut-être jeté les bases d'une nouvelle réflexion.

Aujourd'hui, la Suisse est d'avis qu'il est temps pour la CNUDCI i) d'entreprendre une évaluation du fonctionnement de la Convention sur les contrats de vente internationale de marchandises de 1980 et des instruments connexes de la Commission à la lumière des besoins pratiques actuels et à venir des partenaires économiques internationaux, et ii) d'examiner s'il est souhaitable et possible au niveau mondial, pour satisfaire à ces besoins, de réaliser d'autres travaux dans ces domaines et dans le cadre plus large du droit général des contrats.

# II. Introduction

Avec la mondialisation, le commerce international s'est développé de façon spectaculaire ces 50 dernières années. Mise à part la chute brutale du nombre des

exportations de marchandises dans le monde en 2009, nombre qui s'est toutefois stabilisé en 2010, il peut être utile d'observer la tendance qui s'est poursuivie jusqu'en 2008. Les chiffres de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) pour 2008 indiquent que les exportations de marchandises dans le monde atteignaient 15 717 milliards de dollars des États-Unis et que les importations s'établissaient à 16 127 milliards de dollars des États-Unis. Ces chiffres sont à peu près 100 fois plus élevés qu'ils ne l'étaient il y a 50 ans et s'inscrivent à un niveau plus de 10 fois supérieur à celui observé lors de la signature de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises en 1980. Entre 2000 et 2008, la croissance annuelle moyenne aussi bien pour les exportations que pour les importations dans le monde s'est établie à plus de 5 %. Ce ne sont plus l'Amérique du Nord, l'Europe et le Japon qui connaissent le niveau de croissance le plus élevé, mais les économies en transition en différents points du globe, notamment la Chine, le Brésil, la Russie et certains pays africains.

Il va de soi que les différents droits internes constituent un obstacle au commerce international dans la mesure où ils augmentent considérablement le coût des opérations pour les partenaires commerciaux. Différentes études menées au cours des dernières années révèlent que les opérateurs économiques eux-mêmes considèrent les différences entre les droits des contrats comme un des principaux obstacles aux opérations transfrontières. Parmi ces obstacles, il convient de mentionner la difficulté de s'informer sur le contenu d'un droit des contrats applicable, d'obtenir un conseil juridique, de négocier le droit applicable ainsi que d'adapter les conditions générales aux différents droits internes. Comme on pouvait s'y attendre, le commerce est depuis toujours le moteur de l'harmonisation et de l'unification du droit des contrats. Cela a commencé en particulier au XIX$^{e}$ siècle au niveau national, pour ensuite s'étendre au niveau international au XX$^{e}$ siècle. Il convient de noter que, dans le domaine du droit de la vente, la Loi uniforme sur la formation des contrats de la vente internationale des objets mobiliers corporels (LUF) et la Loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels (LUVI) ont été, dans les années 1960, les premiers textes unifiant le droit de la vente au niveau international.

Actuellement, la pratique montre que les contrats de vente internationale, et ce en raison du choix des parties, sont en général régis par un petit nombre de droits nationaux, même si ces droits ne sont peut-être pas nécessairement adaptés aux contrats internationaux. Selon la Suisse, cela prouve que la CNUDCI devrait examiner et déterminer si des règles uniformes régissant l'ensemble des questions juridiques qui se posent dans une relation contractuelle entre entreprises ne seraient pas plus adaptées aux besoins pratiques des milieux d'affaires internationaux d'aujourd'hui et de demain.

## III. La Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM)

C'est précisément dans ce contexte que la CNUDCI a commencé ses travaux d'unification du droit de la vente en 1968, qui ont abouti à la Convention sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM), laquelle est entrée en vigueur le 1$^{er}$ janvier 1988. La CVIM s'est avérée être la convention de droit international privé la plus utile à l'échelle mondiale. Aujourd'hui 78 États sont

parties à la Convention, et ce nombre ne cesse d'augmenter. Selon les statistiques commerciales de l'OMC, 9 des 10 plus grandes nations exportatrices et importatrices sont des États parties à la CVIM, la seule exception étant le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord. On peut supposer qu'environ 80 % des contrats de vente internationale sont potentiellement régis par la CVIM.

Autre véritable grand succès, la CVIM exerce une forte influence aux niveaux national et international. L'Acte uniforme relatif au droit commercial général de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) est à de nombreux égards, pour ce qui est de sa partie sur la vente, une quasi-retranscription de la CVIM. Les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international, les Principes du droit européen des contrats, le projet de cadre commun de référence et maintenant le projet de droit commun européen de la vente ont tous pris la CVIM pour modèle. En outre, la directive européenne sur les ventes aux consommateurs s'inspire dans une large mesure de la CVIM. De la même façon, la loi sur la vente de marchandises dans les pays nordiques, la loi allemande de modernisation du droit des obligations, le droit des contrats de la République populaire de Chine, d'autres codifications en Asie de l'Est, et la majorité des codifications récentes des pays de l'ancien bloc soviétique en Europe de l'Est, en Asie centrale et dans deux des États baltes se fondent sur la CVIM. Dans le même ordre d'idées, le projet de nouveau code civil japonais reprend la CVIM. Il a été indiqué que dans les pays en développement, la CVIM était utilisée pour enseigner aux opérateurs économiques les rouages du droit des contrats afin d'améliorer leur niveau de connaissance.

Malgré son succès mondial, la CVIM est simplement une convention sur le droit de la vente qui couvre toutefois des domaines essentiels du droit général des contrats. En sus des obligations des parties et des questions classiques de droit de la vente (par exemple la conformité des marchandises, le transfert des risques, etc.), elle contient des dispositions sur la formation des contrats et les moyens dont dispose chaque partie en cas de contravention au contrat par l'autre partie. La CVIM reste néanmoins une œuvre fragmentaire qui renvoie d'importantes questions au droit interne applicable.

## IV. Autres initiatives de la CNUDCI

Outre la CVIM, la CNUDCI a entrepris des travaux d'unification dans de nombreux autres domaines du commerce international. Certains des instruments correspondants ont trait là encore à diverses questions relatives au droit général des contrats[1], en particulier la Convention de 1974 sur la prescription en matière de

[1] Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises, 1974; Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, 1978 – "Règles de Hambourg"; Convention des Nations Unies sur le transport multimodal international de marchandises de 1980; Règles uniformes relatives aux clauses contractuelles stipulant qu'une somme convenue est due en cas de défaut d'exécution, 1983; Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux, 1988; Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international, 1991; Guide juridique de la CNUDCI pour les opérations d'échanges compensés, 1992; Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux, 1992; Convention des

vente internationale de marchandises, les Règles uniformes de 1983 relatives aux clauses contractuelles stipulant qu'une somme convenue est due en cas de défaut d'exécution, le Guide juridique de la CNUDCI pour les opérations d'échanges compensés de 1992, et la Convention des Nations Unies de 2005 sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux. Néanmoins, d'importants domaines restent régis par le droit interne.

# V. Initiatives internationales dans le domaine du droit général des contrats

Au cours des 30 dernières années, de nombreuses initiatives ont été prises dans le monde pour élaborer des corps de règles uniformes de droit des contrats.

## 1. UNIDROIT

À l'échelle mondiale, les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international sont probablement le meilleur exemple connu d'une initiative internationale tendant à harmoniser le droit général des contrats. Leur version de 1994 visait principalement des domaines déjà traités dans la CVIM et englobait les questions de validité. La version de 2004 a ajouté des thèmes tels que le pouvoir de représentation, la stipulation pour autrui, la compensation, les délais de prescription, la cession de créances, la cession de dettes et la cession de contrats. Plus récemment, la version de 2010 a introduit une section sur l'illicéité, une section sur les obligations conditionnelles, ainsi que des règles détaillées sur la pluralité de débiteurs et de créanciers et sur la restitution. En somme, les Principes d'UNIDROIT de 2010 couvrent désormais tous les domaines considérés comme faisant partie du droit des contrats dans la plupart des systèmes juridiques.

Il ne fait aucun doute que les qualités fondamentales des Principes d'UNIDROIT constitueront une importante source d'inspiration pour les travaux futurs de la CNUDCI sur l'évaluation de ses propres instruments ainsi que dans le contexte plus large des questions connexes de droit général des contrats. Aussi, les futurs travaux de la CNUDCI profiteront grandement de l'expérience acquise dans le cadre des Principes d'UNIDROIT, qui s'est imprégnée de la pratique juridique. En particulier, la CNUDCI voudra peut-être garder à l'esprit que de nombreuses juridictions refuseront de donner effet à un choix de loi en faveur d'un instrument juridique souple (dit "soft law"). La CNUDCI voudra peut-être également s'interroger, dans

---

Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by, 1995; Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et Guide pour son incorporation, 1996, avec l'ajout d'un article 5 *bis* adopté en 1998; Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques et Guide pour son incorporation, 2001; Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international, 2001; Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, 2005; Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties, 2007; Promouvoir la confiance dans le commerce électronique: questions juridiques relatives à l'utilisation internationale des méthodes d'authentification et de signature électroniques, 2007; Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer, 2008 – "Règles de Rotterdam"; Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties: Supplément sur les sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles, 2010.

un premier temps et au vu des problèmes décrits ci-dessus, sur l'opportunité d'un simple système d'"option positive" ("opt-in").

### 2. Initiatives régionales

Au niveau régional, un certain nombre d'initiatives peuvent être distinguées.

Plusieurs approches peuvent être constatées en Europe, toutes tendant à l'élaboration d'un code civil européen ou, à tout le moins, d'un droit européen des contrats. Tout d'abord et surtout, il convient de mentionner ici les principes du droit européen des contrats. À l'issue de travaux préparatoires engagés dans les années 1980, les principes ont été publiés en trois parties (1995, 1999, 2003), la première partie portant sur l'exécution, l'inexécution et les moyens de recours en cas d'inexécution, la deuxième sur la formation, la représentation, la validité, l'interprétation, le contenu et les effets des contrats, et la troisième sur la pluralité de sujets, la cession de créances, la substitution d'un nouveau débiteur, la compensation, la prescription, l'illicéité, les conditions et la capitalisation des intérêts. Si les principes sont clairement axés sur une approche européenne, ils tiennent aussi compte du Code de Commerce uniforme des États-Unis d'Amérique ainsi que de deux "Restatements" américains, un sur les contrats et l'autre sur la restitution. Comme les Principes d'UNIDROIT, les principes du droit européen des contrats sont qualifiés de droit souple. Bien que les parties, au moins en matière d'arbitrage, aient la possibilité de choisir les principes comme loi applicable, aucune affaire de ce type n'a encore été signalée.

Plus récemment, en 2009, le Groupe d'études sur un code civil européen et le Groupe de recherche sur le droit privé communautaire ont publié le projet de cadre commun de référence. Contrairement aux Principes d'UNIDROIT et aux principes du droit européen des contrats, le projet de cadre commun de référence ne traite pas seulement du droit général des contrats mais pratiquement de tous les thèmes le plus souvent abordés dans les codes civils, excepté le droit de la famille et le droit des successions. Le projet a toutefois été très critiqué non seulement en raison du concept général qui le sous-tend, mais aussi et surtout en ce qui concerne la rédaction, le style et les solutions spécifiques formulées dans le domaine du droit général des contrats et du droit de la vente.

En octobre 2011, la Commission européenne a publié une proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit européen commun de la vente, qui s'inspirait du projet de cadre commun de référence. Ainsi, l'objectif poursuivi n'était plus d'aboutir à un droit général des contrats au niveau européen mais plutôt de se limiter au droit de la vente. Le contenu du Règlement est quasiment identique à celui de la CVIM et de la Convention des Nations Unies sur la prescription, avec des dispositions supplémentaires sur les vices du consentement, les clauses abusives, le devoir d'information précontractuelle et les contrats conclus par voie électronique. On notera en particulier que, contrairement à la CVIM, le Règlement ne s'applique pas qu'aux contrats entre entreprises mais est en fait avant tout destiné aux contrats signés avec des consommateurs. Il s'agit là aussi d'un mécanisme d'"option positive". Il n'en reste pas moins que l'avenir de cet instrument est à écrire.

En Europe, quelques initiatives privées ont donné lieu à des projets similaires, comme celui de l'Académie des privatistes européens qui a publié le projet

préliminaire pour un code européen (2011) et le projet de droit comparé Trento common core project.

En Afrique, on s'intéressera en premier lieu à l'Acte uniforme relatif au droit commercial général de l'OHADA (1998, modifié en 2011). Comme indiqué ci-dessus, la partie de ce texte relative à la vente puise largement dans la CVIM, mais avec certaines modifications. En plus de ce texte, l'OHADA a entamé des travaux sur un acte uniforme relatif au droit des contrats. Un projet s'inspirant fortement des Principes d'UNIDROIT a été préparé en collaboration avec UNIDROIT et publié en 2004. À ce jour, l'avenir de ce projet est incertain. Il est aussi question d'harmoniser le droit des contrats au sein de la Communauté de l'Afrique de l'Est en se fondant sur l'expérience internationale actuelle.

En Asie, depuis 2009, une initiative privée vise à élaborer des principes de droit des contrats dans la région. Les participants viennent notamment des pays suivants: Cambodge, Viet Nam, Singapour, Chine, Japon et Corée du Sud. Jusqu'à présent, les chapitres sur la formation, la validité, l'interprétation, l'exécution et la non-exécution du contrat ont été finalisés.

Dans le même ordre d'idées, depuis 2009, des principes contractuels généraux sont en cours d'élaboration en Amérique latine dans le cadre d'un projet dénommé "Proyecto sobre Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos" et mené par une université chilienne. Jusqu'à présent, les pays concernés sont les suivants: Argentine, Uruguay, Chili, Colombie et Venezuela (République bolivarienne du). Toutefois, il semble que l'approche européenne soit également prise en considération[2].

### 3. La Chambre de commerce internationale

Depuis des décennies, la Chambre de commerce internationale (CCI) apporte d'importantes contributions à l'harmonisation du droit commercial international. Déjà en 1936, elle publiait les Règles internationales pour l'interprétation des termes commerciaux (Incoterms®). Leur dernière version, soit la huitième édition, date de 2010. Bien que dans de nombreux contrats, les parties conviennent de les appliquer et qu'ils revêtent de ce fait une importance capitale dans la pratique, les Incoterms® ne couvrent qu'une petite partie des obligations des parties dans un contrat de vente internationale. Avec les Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires (RUU), la CCI a créé un autre instrument majeur pour faciliter le commerce international. Enfin, la CCI fournit d'innombrables modèles de contrats et de clauses pouvant être utilisés dans différents types d'opérations commerciales internationales.

---

[2] Outre ces initiatives, on observe une tendance à élaborer un droit régional commun en mettant à profit des textes internationaux, par exemple dans le cadre de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) et désormais aussi dans le cadre du Traité de libre-échange entre les États-Unis, les pays d'Amérique centrale et la République dominicaine (CAFTA-DR).

# VI. L'opportunité de l'examen par la CNUDCI du fonctionnement de la CVIM et l'intérêt d'une harmonisation et d'une unification accrues des questions connexes relatives au droit général des contrats

Selon la Suisse, le nombre d'États parties à la CVIM devrait continuer à augmenter. Malgré le succès mondial rencontré par le processus d'unification du droit de la vente, la CVIM ne peut pas répondre à tous les besoins des milieux d'affaires internationaux en matière de droit des contrats.

Les faiblesses de la CVIM sont liées en premier lieu au fait qu'elle ne couvre pas du tout certains domaines[3]. En outre, de nombreuses questions qui étaient encore vivement débattues dans les années 1970 avaient dû être laissées en suspens dans la Convention (par exemple: le problème de la bataille des conditions générales, l'exécution en nature et le taux d'intérêt applicable). S'agissant de certaines questions visées par la Convention, comme les règles sur la restitution, il est entre-temps apparu qu'il fallait leur accorder une plus grande attention. Enfin, des conventions ayant pour but de compléter la CVIM, telles que la Convention des Nations Unies de 1974 sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises et la Convention des Nations Unies de 2005 sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux n'ont pas attiré autant de contractants que la CVIM, ce qui a limité leur effet unificateur.

La Suisse estime que le moment est venu pour la CNUDCI de se pencher sur ces questions de droit général des contrats dans le contexte d'opérations de ventes internationales – et éventuellement d'autres types d'opérations – en adoptant une perspective mondiale. Les initiatives régionales visant à harmoniser et unifier le droit général des contrats ne peuvent pas répondre aux besoins du commerce international. Au contraire, différents régimes juridiques dans différentes régions ont abouti à un résultat fragmentaire. Au lieu de permettre de réaliser des économies sur le coût des opérations et de faciliter ainsi les échanges commerciaux transfrontières, la conclusion d'un contrat international peut s'avérer encore plus compliquée. L'unification régionale ajoute, de fait, une strate supplémentaire aux règles de droit interne et à la norme bien établie qu'est la CVIM. De surcroît, dans de nombreux pays, non seulement la terminologie employée dans les instruments relatifs au droit général des contrats diffère de celle de la CVIM, ce qui en soi crée la confusion, mais les solutions apportées à un même problème juridique sont souvent contradictoires. Enfin, la régionalisation des systèmes juridiques diminue le nombre d'affaires tranchées à un niveau purement international et a donc un effet négatif sur la prévisibilité des décisions.

Eu égard à son mandat, la CNUDCI semble à l'évidence l'instance la plus qualifiée pour un tel projet. Conformément au paragraphe 8 de la résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale: "La Commission encourage l'harmonisation et l'unification

---

[3] En particulier, la CVIM ne traite pas de la représentation, de questions de validité telles que l'erreur, la fraude, la contrainte, l'avantage excessif, l'illicéité et le contrôle des clauses abusives, ainsi que des droits des tiers, des obligations conditionnelles, de la compensation, de la cession de créances, de la cession de dettes, de la cession de contrats et de la pluralité de créanciers et de débiteurs.

progressives du droit commercial international: [...] c) en préparant de nouvelles conventions internationales et des lois types et lois uniformes nouvelles ou en encourageant l'adoption de tels instruments..."

## VII. Possibilité de réalisation d'autres travaux dans le domaine des contrats internationaux

Les travaux futurs dans le domaine du droit général des contrats devraient recouvrir un vaste éventail de thèmes[4]. À ce stade, il faudrait commencer par recenser les domaines où l'on estime que les travaux de la CNUDCI répondraient à un besoin pratique en venant compléter les instruments existants. Simultanément, et si possible en parallèle, la CNUDCI devrait examiner avec soin la forme particulière que pourraient prendre ses travaux sur le droit général des contrats. En effet, ce sur quoi les délégations sont capables et désireuses de s'accorder sur le fond est souvent étroitement lié à la question de la forme que peut prendre un instrument.

Le droit général des contrats est un pilier du droit privé dans tous les systèmes juridiques. Il s'est généralement développé à l'issue d'un long processus. Par conséquent, il serait peut-être judicieux que la CNUDCI, eu égard à son mandat, cible ses discussions uniquement sur les contrats commerciaux internationaux, et s'abstienne d'intervenir dans des domaines liés aux contrats purement internes.

## VIII. Conclusion

Comme cela a été démontré, il est urgent d'engager une réflexion au niveau mondial sur la poursuite de l'unification du droit des contrats au-delà des projets déjà menés à bien par la CNUDCI. À la lumière de ce qui précède, le Suisse propose que la CNUDCI donne mandat pour engager des travaux dans ce domaine.

La Suisse se réjouit à l'idée de mener des débats fructueux sur l'étendue, le calendrier, la forme et la nature de ces travaux, ainsi que sur la question de la coordination avec des organisations et institutions internationales œuvrant dans des domaines connexes.

---

[4] En particulier: **dispositions générales**, notamment: liberté contractuelle, libre choix de la forme; **formation du contrat**, notamment: offre, acceptation, modification, agréation libératoire, conditions générales, bataille de conditions générales, contrats électroniques; **représentation**, notamment: pouvoir, divulgation/non-divulgation de la représentation, responsabilité du représentant; **validité**, notamment: erreur, fraude, contrainte, avantage excessif, clauses abusives, illicéité; **structure du contrat**, notamment: interprétation, comblement des lacunes, pratique et usages; **conditions; droits des tiers; exécution du contrat**, notamment: moment, lieu, monnaie, coût; **moyens dont dispose une partie en cas de contravention au contrat par l'autre partie**, notamment: droit de suspendre l'exécution, exécution en nature, annulation, dommages-intérêts, exonérations; **conséquences de la restitution; compensation; cession et délégation**, notamment: cession de créances, délégation de l'exécution des obligations, cession de contrats; **délais de prescription; créanciers et débiteurs solidaires**.

# VIII. 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.

# IX. ASSISTANCE TECHNIQUE EN MATIÈRE DE RÉFORME DU DROIT

## Note du Secrétariat sur la coopération et l'assistance techniques (A/CN.9/753)

**[Original: anglais]**

**TABLE DES MATIÈRES**


| | | *Paragraphes* |
|---|---|---|
| I. | Introduction | 1-7 |
| II. | Activités de coopération et d'assistance techniques | 8-46 |
| | A. Approches générales | 8-19 |
| | B. Activités spécifiques | 20-46 |
| III. | Centre régional de la CNUDCI pour l'Asie et le Pacifique | 47-55 |
| IV. | Diffusion d'informations | 56-73 |
| | A. Site Web | 57-59 |
| | B. Bibliothèque | 60-64 |
| | C. Publications | 65-68 |
| | D. Communiqués de presse | 69-70 |
| | E. Demandes générales de renseignements | 71 |
| | F. Réunions d'information à l'intention des missions permanentes à Vienne | 72 |
| | G. Conférences d'information à Vienne | 73 |
| V. | Ressources et financement | 74-83 |
| | A. Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la CNUDCI | 76-79 |
| | B. Fonds d'affectation spéciale créé pour permettre d'octroyer une aide au titre des frais de voyage aux pays en développement membres de la CNUDCI | 80-83 |


## I. Introduction

1. Conformément à une décision prise à sa vingtième session en 1987, les activités de coopération et d'assistance techniques visant à promouvoir l'utilisation et l'adoption de ses textes représentent l'une des priorités de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI)[1].

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-deuxième session, Supplément n° 17*

2. Dans sa résolution 66/94 du 13 janvier 2012, 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, et a de nouveau engagé les organismes d'aide au développement, ainsi que les gouvernements agissant dans le cadre de leurs programmes d'aide bilatérale, à appuyer le programme d'assistance et de coopération techniques de la Commission, à coopérer avec celle-ci et à coordonner leurs activités avec les siennes.

3. L'Assemblée générale s'est félicitée des initiatives prises par la Commission pour développer, par l'entremise de son secrétariat, son programme d'assistance et de coopération techniques, et a pris note avec intérêt de la conception globale de la coopération et de l'assistance techniques de la Commission, qui se fonde sur le cadre stratégique des activités d'assistance technique proposé par le Secrétariat pour faire adopter universellement les textes de la Commission et faire connaître ceux qu'elle a récemment adoptés.

4. L'Assemblée générale a également souligné qu'il importait, pour l'unification et l'harmonisation du droit commercial international au niveau mondial, de promouvoir l'utilisation des textes issus des travaux de la Commission et, à cette fin, a prié instamment les États qui ne l'avaient pas encore fait d'envisager de signer et de ratifier ces conventions ou d'y adhérer, de promulguer les lois types et de favoriser l'utilisation des autres textes pertinents.

5. L'état de l'adoption des textes de la CNUDCI est régulièrement actualisé et peut être consulté sur le site Web de cette dernière. Il fait aussi l'objet d'une compilation annuelle dans une note du Secrétariat intitulée "État des conventions et des lois types" (pour la quarante-cinquième session de la Commission, voir A/CN.9/751).

6. 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-quatrième session en 2011 (A/CN.9/724 du 29 mars 2011), et rend compte de la mobilisation des ressources pour soutenir ces activités.

7. Un autre document (A/CN.9/749) fournit des informations sur les activités actuelles des organisations internationales en matière d'harmonisation et d'unification du droit commercial international et sur le rôle de la CNUDCI dans la coordination de ces activités.

# II. Activités de coopération et d'assistance techniques

## A. Approches générales

8. Les activités de coopération et d'assistance techniques entreprises par le Secrétariat visent à promouvoir l'adoption et l'interprétation uniforme des textes législatifs de la CNUDCI. Ces activités visent notamment à fournir des conseils aux États qui envisagent de signer et de ratifier les conventions de la CNUDCI ou d'y

_____

(A/42/17), par. 335.

adhérer, d'incorporer l'une de ses lois types ou d'utiliser l'un de ses guides législatifs.

9. La coopération et l'assistance techniques peuvent notamment prendre les formes suivantes: réalisation de missions d'information et participation à des séminaires et conférences se tenant aux niveaux régional et national; aide aux pays pour l'évaluation des besoins de réforme de leur droit commercial, notamment par l'examen de leur législation existante; aide à la rédaction de législations nationales pour appliquer les textes de la CNUDCI; fourniture d'une aide aux organismes multilatéraux et bilatéraux de développement pour utiliser les textes de la CNUDCI dans leurs activités et projets de réforme de la législation; prestation de conseils et d'une assistance à des organisations internationales et autres, comme les associations professionnelles, les organisations d'avocats, les chambres de commerce et les centres d'arbitrage, sur l'utilisation des textes de la CNUDCI; et organisation d'activités de formation pour faciliter l'application et l'interprétation par les juges et les autres praticiens du droit des législations fondées sur les textes de la CNUDCI.

10. Certaines des activités entreprises dans la période pertinente sont décrites ci-après. Les activités signalées par un astérisque ont été financées par le Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la CNUDCI.

*Initiatives en faveur d'une approche régionale*

11. La participation continue du Secrétariat au projet de facilitation des affaires de l'Association de coopération économique Asie-Pacifique (APEC) intitulé "Ease of Doing Business" (Exécution des contrats) offre un exemple de coopération entre les États, une organisation internationale et le Secrétariat. Ce projet, mené en coopération avec le Ministère de la justice de la République de Corée, vise à renforcer le cadre législatif et institutionnel qui sous-tend l'exécution des contrats dans les pays de l'APEC (Indonésie et Pérou en 2011, Thaïlande et Philippines en 2012)*. L'adoption des textes de la CNUDCI relatifs à l'arbitrage et à la vente de marchandises est proposée comme mesure éventuelle de réforme du droit pour améliorer le cadre juridique à l'appui de l'exécution des contrats dans ces pays.

12. Le Secrétariat participe à d'autres initiatives régionales, en particulier au partenariat avec la Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (Agence allemande de coopération internationale ou GIZ), dans le cadre duquel le Secrétariat a assisté, comme dans le passé, à la Conférence sur l'arbitrage et à la session de préparation au concours d'arbitrage coorganisées par la GIZ et la faculté de droit de l'Université de Belgrade (Belgrade, 8-11 avril 2011). À cette occasion, une séance privée a réuni des représentants de la GIZ et des juristes de la région qui ont pu discuter de la deuxième phase du projet de réforme du droit mis en place par la GIZ par le biais du fonds régional pour l'Europe du Sud-Est (réforme juridique). Alors que la première phase du projet se concentrait surtout sur la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, la deuxième phase devrait porter sur les modes alternatifs de règlement des litiges.

13. Les travaux, les normes et les ressources électroniques de la CNUDCI, y compris le Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI (CLOUT), ont été présentés à un groupe de jeunes professeurs de droit et de chercheurs lors d'un atelier organisé par l'Agence allemande de coopération internationale (GIZ)

dans le cadre des activités régionales de la CNUDCI et de la GIZ dans les Balkans (Tirana, 1er et 2 septembre 2011).

*Promotion de l'adoption universelle des instruments fondamentaux du droit commercial*

14. Une approche se fonde sur la promotion, au premier chef, de l'adoption des instruments fondamentaux du droit commercial, c'est-à-dire, des traités qui ont déjà été largement adoptés et dont on pourrait par conséquent souhaiter qu'ils connaissent une participation universelle.

15. Les traités actuellement envisagés dans le cadre de cette approche sont la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères[2] (la Convention de New York, convention des Nations Unies qui a été adoptée avant la création de la Commission, mais que cette dernière s'attache à promouvoir activement), dont l'adoption universelle a déjà été explicitement demandée par l'Assemblée générale[3], et la CVIM.

*Promotion générale des travaux de la CNUDCI*

16. Le personnel du Secrétariat a participé:

a) Au premier Forum international du droit de Saint-Pétersbourg, qui était dans l'ensemble axé sur le rôle du droit face aux nouvelles difficultés rencontrées à l'échelle mondiale. La communication de la CNUDCI avait trait à l'importance de veiller à l'application du droit commercial international au niveau national et tendait à promouvoir les textes de la Commission au sein de la Fédération de Russie et à mettre l'accent sur les avantages de l'adoption d'instruments internationaux (Saint-Pétersbourg, Fédération de Russie, 20 mai 2011); et

b) Au programme de conférences de l'Université de Vienne en donnant une conférence sur les travaux de la CNUDCI (Vienne, 12 janvier 2012).

*Promotion des traités récents*

17. Le Secrétariat continue de promouvoir les instruments récemment adoptés, y compris au niveau régional, afin d'encourager leur signature et leur adoption par les États et de faciliter ainsi leur entrée en vigueur dans les meilleurs délais.

18. Parmi les manifestations auxquelles le Secrétariat a pris part, on citera:

Dans le cadre de la Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer (les "Règles de Rotterdam")[4], adoptée par l'Assemblée générale le 11 décembre 2008[5] (voir A/CN.9/695/Add.1), la Conférence sur les Règles de Rotterdam dans la région Asie-Pacifique organisée par l'Association maritime japonaise et l'Université de Tokyo et coparrainée par le Ministère japonais de la justice, le Ministère japonais des affaires étrangères et le Ministère japonais de l'aménagement du territoire, des infrastructures et des transports, ainsi que par le Comité maritime international en

---

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

3 Résolution 62/65 de l'Assemblée générale du 8 janvier 2008, par. 3.

4 Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.09.V.93.

5 Résolution 63/122 de l'Assemblée générale du 2 février 2009.

vue de sensibiliser les esprits à la question dans la région, et en particulier au Japon, étant donné que les Règles de Rotterdam n'ont pas encore reçu de soutien officiel (signature ou adhésion) en Asie de l'Est (Tokyo, 21-24 novembre 2011).

19. La promotion par le Secrétariat de la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux (Convention sur les communications électroniques) fait toujours l'objet d'une attention particulière[6]. On trouvera dans le document A/CN.9/749 des références à certaines activités en la matière.

## B. Activités spécifiques

*Vente de marchandises*

20. Le Secrétariat a continué d'œuvrer en faveur de l'adoption universelle de la CVIM. À cet égard, il convient de noter que les récentes adhésions à ce texte ont été encouragées par des ateliers et conférences spécifiques (Cotonou (Bénin), 21-23 février 2006[7], et Milan (Italie), 7 et 8 octobre 2001) ainsi que par des réunions bilatérales et d'autres formes d'échanges.

21. En outre, le Secrétariat a contribué au processus d'adoption en participant à des manifestations organisées dans le but de soutenir ce processus (São Paolo (Brésil), 3 et 4 novembre 2011 et Bangkok (Thaïlande), 21 mars 2012)*.

22. Étant donné l'intérêt croissant exprimé par des universitaires et des praticiens, le Secrétariat a continué également d'aider les États dans leur processus de révision des déclarations faites au moment de devenir parties à la CVIM, afin que ces déclarations puissent être réexaminées, si nécessaire, l'objectif étant d'harmoniser davantage le champ d'application de la Convention.

23. Enfin, au vu de l'intérêt exprimé par les parties prenantes, le Secrétariat a entrepris de promouvoir l'adoption et l'application uniforme de la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (Convention sur la prescription)[8], notamment en invitant les États déjà parties à la version non modifiée de la Convention sur la prescription à envisager d'adopter la version modifiée.

*Règlement des litiges*

24. Le Secrétariat s'est employé à promouvoir les instruments relatifs à l'arbitrage et à la conciliation, ainsi qu'à appuyer les travaux législatifs en cours. Le taux élevé d'adoption de ces textes s'accompagne d'une demande d'assistance technique particulièrement forte dans ce domaine.

25. Dans le cadre d'un projet mené en coopération avec l'Agence allemande de coopération internationale, le Secrétariat a, en particulier, formulé des observations concernant diverses lois sur la médiation dans le but d'en recenser les parties susceptibles d'être actualisées, à savoir, notamment, les lois pertinentes du Monténégro, de la Serbie, de la Bosnie-Herzégovine et de l'Albanie.

---

6 New York, 23 novembre 2005, publication des Nations Unies, numéro de vente: F.07.V.2.

7 A/CN.9/599, par. 9 d).

8 Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1511, n[os] 26119 et 26121.

26. Des commentaires concernant un projet de loi sur l'arbitrage établi par le Gouvernement albanais ont également été formulés.

27. En outre, le Secrétariat a fait des observations concernant le projet de loi de l'Union des Comores sur la reconnaissance et l'exécution des sentences et a encouragé le pays à adopter la Convention de New York.

28. Le Secrétariat a fait des observations sur un certain nombre de règlements d'arbitrage d'institutions arbitrales, notamment du Bangladesh International Arbitration Centre (BIAC) et du Centre d'arbitrage et de médiation de Chypre (CAMC).

29. Le Secrétariat a rencontré des homologues du Gouvernement égyptien et des représentants de la Société financière internationale pour discuter, entre autres, de la Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale, à l'occasion d'ateliers sur la médiation organisés pour des juges de tribunaux économiques au Centre national d'études judiciaires (Le Caire, 22-28 juin 2011).

30. Le Secrétariat a collaboré avec un certain nombre d'institutions et organismes d'arbitrage, notamment en coorganisant, avec le Centre international d'arbitrage de la Chambre fédérale d'économie de l'Autriche (VIAC), la Conférence VIAC-CNUDCI 2012 (Vienne, 29 et 30 mars 2012).

31. Dans le cadre de l'arbitrage international, le Secrétariat a participé aux manifestations suivantes:

a) Un atelier de l'Association de coopération économique Asie-Pacifique (APEC)-CNUCED sur le règlement des litiges entre investisseurs et États pour donner des informations sur le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, tel que révisé en 2010, et sur son utilisation dans le contexte de l'arbitrage entre investisseurs et États, ainsi que sur les travaux actuels de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités (Manille, 22-24 juin 2011);

b) Une conférence intitulée "NYSBA International Section Seasonal Meeting 2011: Latin America as an Engine for Economic Recovery and Growth" (L'Amérique latine, moteur du redressement économique et de la croissance), organisée par l'Association of the Bar of the State of New York (NYSBA) pour présenter les travaux actuels de la CNUDCI en matière de transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités (Panama, 21-23 septembre 2011);

c) Une table-ronde convoquée par l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA), en vue notamment d'examiner l'état de l'application des textes de l'OHADA et d'envisager la possibilité d'élaborer un texte de l'OHADA sur la médiation (Bénin, 17 octobre 2011);

d) Un colloque organisé par l'Université McGill à l'occasion du vingt-cinquième anniversaire de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, en vue de faire un état des lieux des législations adoptées sur la base de la Loi type et de présenter le précis de jurisprudence concernant la Loi type (Montréal (Canada), 24 et 25 novembre 2011);

e) Une conférence sur l'arbitrage international organisée sous les auspices de l'Association du Barreau de Padoue et de la Région de la Vénétie pour

promouvoir les instruments de la CNUDCI dans le domaine de l'arbitrage (Padoue (Italie), 5 et 6 décembre 2011);

f) Une table ronde organisée avec le concours de représentants de différents ministères géorgiens pour discuter des avancées en matière de règlement des différends relatifs aux investissements et notamment de la médiation et des travaux actuels de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités. Cette réunion s'inscrivait dans le cadre du "Judicial Independence and Legal Empowerment Project" (projet sur l'indépendance judiciaire et l'autonomisation en matière juridique) de l'Agence des États-Unis pour le développement international (USAID) (Tbilissi, 23 février 2012); et

g) Des activités de soutien au projet relatif à la mise en œuvre au niveau régional des instruments sur les modes alternatifs de règlement des litiges pour les jeunes professeurs de droit et chercheurs, organisées dans le cadre de la coopération CNUDCI/GIZ à l'appui du développement de l'arbitrage dans les Balkans (Tirana (Albanie) 1er et 2 septembre 2011 et Vienne, 5 et 6 mars 2012).

32. S'agissant du concours d'arbitrage, le Secrétariat a notamment participé à l'organisation d'une session de préparation sur l'indépendance et l'impartialité des arbitres, s'inscrivant dans le contexte du "Judicial Independence and Legal Empowerment Project" de l'Agence des États-Unis pour le développement international (USAID) (Tbilissi, 24 février 2012).

*Commerce électronique*

33. Le Secrétariat a continué de promouvoir l'adoption des textes de la CNUDCI sur le commerce électronique, notamment en coopération avec d'autres organisations, en mettant l'accent sur une approche régionale (voir A/CN.9/749). Il a également formulé des commentaires sur des projets de législations régionales et nationales, selon que de besoin.

34. Grâce, pour partie aussi, à ces activités de promotion, plusieurs législations nationales sur le commerce électronique et les signatures électroniques ont été adoptées (voir A/CN.9/751).

35. Le Secrétariat s'est efforcé à nouveau de promouvoir l'adoption officielle de la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux afin d'avancer la date de son entrée en vigueur. En particulier, lors de rencontres régionales, l'importance de cette convention a été mise en avant en ce qu'elle permettait le commerce international sans papier (Atelier APEC "Supply Chain Connectivity: E-Commerce as a Main Driver and Integration Tool" (Connectivité de la chaîne logistique: le commerce électronique, principal moteur et outil d'intégration), San Francisco (États-Unis d'Amérique), 19 septembre 2011; Conférence de la CEA, la CENUE, la CEPALC, la CESAP et la CESAO sur le thème "Connecting International Trade: Single Windows and Supply Chains in the Next Decade" (La connexion du commerce international: les guichets uniques et les chaînes logistiques au cours de la prochaine décennie), Genève (Suisse), 12 et 13 décembre 2011).

*Passation de marchés*

36. Conformément aux demandes de la Commission et du Groupe de travail I (Passation de marchés), le Secrétariat a noué des liens avec d'autres organisations s'intéressant à la réforme des marchés publics afin de stimuler la coopération dans le cadre de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics de 2011 (la "Loi type")[9].

37. L'objet de cette coopération est de faire en sorte que les besoins et le contexte au niveau régional soient compris par le Groupe de travail et la Commission lorsqu'ils finaliseront un projet de guide pour accompagner la Loi type, et que les organisations travaillant à ces réformes soient informées des considérations de principe sous-tendant ces textes, de façon à promouvoir une bonne compréhension et une utilisation appropriée de la Loi type au niveau tant régional que national[10]. Le Secrétariat a opté pour une approche régionale en matière de coopération, et des activités sont envisagées avec des banques multilatérales de développement dans plusieurs régions, un intérêt tout particulier étant porté à la bonne gouvernance et la lutte contre la corruption (où la réforme de la passation de marchés joue un rôle central).

38. Dans cette optique, le Secrétariat a participé comme orateur/présentateur à un grand nombre de manifestations internationales, notamment:

a) L'atelier de collaboration régionale "Cooperation and Integration, the path to Government Procurement Development in the Caribbean" (Coopération et intégration, la voie vers le développement des marchés publics dans les Caraïbes), organisé par le Ministère des finances et de la fonction publique du Gouvernement jamaïcain, la Communauté des Caraïbes (CARICOM), le Secrétariat du Commonwealth, la Banque interaméricaine de développement, l'Organisation des États américains et l'Agence canadienne de développement international. Le Secrétariat a fait une communication consacrée aux approches adoptées pour moderniser les lois sur les marchés publics et à l'approche retenue par la CNUDCI pour réformer ces marchés. L'atelier s'est employé à présenter la notion de marché libre régional dans le domaine des marchés publics et à encourager les États membres à améliorer leurs systèmes de passation (Jamaïque, 12 et 13 avril 2011);

b) Le septième forum régional sur les marchés publics organisé par le Gouvernement géorgien, la Banque asiatique de développement (BasD), la Banque islamique de développement (BIsD), la Banque mondiale, l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE) et la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD), auquel ont assisté des représentants des gouvernements des pays suivants: Albanie, Arménie, Azerbaïdjan, Kazakhstan, Kirghizistan, ex-République yougoslave de Macédoine, Tadjikistan, Turquie, Turkménistan, Kosovo, Géorgie et Ouzbékistan, et les représentants des organisations hôtes. L'accent a été mis sur la Loi type dans le contexte de l'harmonisation des régimes internationaux et régionaux de passation des marchés publics (Tbilissi, 16-19 mai 2011)*;

---

[9] Consultable à l'adresse: www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/procurement_infrastructure/2011Model.html.

[10] Voir les documents A/CN.9/575, par. 52 et 67, A/CN.9/615, par. 14 et A/66/17, par. 186 à 189.

c) Lancement d'une initiative de la BERD et de la CNUDCI, avec le soutien de l'OSCE, sur l'amélioration des législations relatives à la passation des marchés publics dans les pays de la CEI (Communauté d'États indépendants) et en Mongolie, à l'occasion d'une table ronde sur l'efficacité et la transparence en matière d'élaboration de normes sur les marchés publics (Astana (Kazakhstan), 15-20 mai 2011). Les sujets abordés avaient trait notamment à l'utilisation de la Loi type pour améliorer et moderniser les lois et la pratique en matière de marchés publics dans la région (qui avaient été évaluées dans le cadre de l'initiative), ainsi qu'à l'équilibre entre le rapport qualité-prix et les garanties de transparence dans les marchés publics. Le Secrétariat a ultérieurement participé en tant qu'orateur et facilitateur à deux ateliers régionaux axés sur le recensement des besoins en matière de réforme et l'application de la Loi type, qui avaient été organisés dans le cadre de la même initiative en Arménie et en République de Moldova (Erevan, 10-12 octobre 2011; Chisinau, 13-15 décembre 2011)*;

d) La septième Conférence annuelle du réseau intergouvernemental de passation de marchés, organisé par le Réseau interaméricain des marchés publics (sigle espagnol RICG), la Direction générale des marchés publics de la République dominicaine, l'Organisation des États américains (OEA), la Banque interaméricaine de développement (BID), l'Agence canadienne de développement international (ACDI) et le Centre de recherches pour le développement international (CRDI) (voir www.ricg.org/content/display_news.aspx). La Conférence a fait le point des efforts entrepris par les États pour réformer les systèmes de passation des marchés, les améliorer et en faire des outils viables à long terme. La Loi type a été présentée dans le contexte des normes internationales et de la réforme de la passation des marchés (Saint-Domingue, 18-20 octobre 2011);

e) Un colloque organisé par UNIDROIT sur "La promotion de l'investissement pour la production agricole: aspects de droit privé", comportant une session intitulée "Investissement étranger dans les terres agricoles" sur la mise au point de procédures d'attribution de concession transparentes et efficaces, où il a été question des solutions retenues dans le Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé (2000) et la Loi type (Rome, 8-10 novembre 2011);

f) La Conférence Asie-Pacifique sur la passation électronique des marchés, organisée par le Groupe de travail conjoint sur l'harmonisation de la passation des marchés publics par voie électronique (e-GP). Les discussions ont porté sur les aspects juridiques des réformes dans ce domaine et sur l'approche de la Loi type en la matière. Un projet de manuel sur la passation de marchés par voie électronique a été présenté (Jimbaran (Indonésie), 21-26 novembre 2011);

g) La Conférence Thomson Reuters "Government Contracts: Year in Review" sur le bilan annuel des marché publics, organisée pour fournir aux praticiens, décideurs et universitaires locaux et internationaux des informations spécialisées sur les développements juridiques de l'année écoulée ayant un impact sur les marchés publics. La session était intitulée "Crossing Borders in International Procurement – Next Steps" (les prochaines étapes de la passation des marchés internationaux) et comportait des présentations de la CNUDCI (sur la Loi type), de l'Organisation mondiale du commerce (sur la version révisée de son Accord sur les marchés publics), et d'éminents professeurs d'université et praticiens (Washington, 20-25 février 2012);

h) Des conférences destinées à des étudiants en droit international des marchés publics à l'Université de Nottingham et à des étudiants en droit international des marchés publics et en droit des affaires internationales à l'Université catholique portugaise; l'objectif était de présenter et de mieux faire connaître les dispositions de la Loi type et son utilisation aux fins de la réforme du droit des marchés publics (Nottingham (Royaume-Uni), 14 et 15 janvier 2012 et Lisbonne, 19 et 20 mars 2012);

i) La présentation de la Loi type à des étudiants suivant le cours sur la passation des marchés publics pour le développement durable au Centre international de formation de l'OIT et à l'Université de Turin; là encore pour mieux faire connaître les dispositions de la Loi type et son utilisation aux fins de la réforme du droit des marchés publics (Turin (Italie), 14 et 15 juin 2011 et 29 février-2 mars 2012); et

j) Une conférence internationale sur l'intégrité des marchés publics, organisée par le Gouvernement mexicain, qui a donné lieu à un exposé sur la Loi type et son approche pour promouvoir l'intégrité dans les marchés publics. Lors d'un atelier pour les pays d'Amérique centrale, une étude sur la passation des marchés publics par voie électronique et sur les modalités d'exécution a été présentée (Mexico, 27-29 mars 2012) (voir www.funcionpublica.gob.mx/index.php).

*Insolvabilité*

39. Le Secrétariat s'est attaché à promouvoir l'utilisation et l'adoption des textes sur l'insolvabilité, en particulier de la Loi type sur l'insolvabilité internationale et du Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité, en participant à différentes manifestations internationales, notamment:

a) La septième réunion régionale du American Bankruptcy Institute (ABI) tenue à Dublin en vue de discuter des progrès enregistrés dans l'adoption de la Loi type sur l'insolvabilité internationale (Dublin, 21 octobre 2011); et

b) La huitième réunion du Forum sur la réforme du droit de l'insolvabilité en Asie (FAIR) tenue à Kuala Lumpur. La réunion qui était principalement consacrée aux questions en rapport avec l'insolvabilité et la finance islamique comprenait une session sur l'utilisation en Asie des textes sur l'insolvabilité de la CNUDCI et sur l'efficacité de leur application (Kuala Lumpur, 30 novembre et 1er décembre 2011)*.

*Sûretés*

40. S'agissant de la fourniture d'assistance technique en relation avec les textes de la CNUDCI sur les sûretés (la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international[11], le Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties[12] et son Supplément sur les sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles[13]), l'approche adoptée par le Secrétariat est double. La première approche est centrée sur la communication d'informations sur ces textes aux responsables gouvernementaux, législateurs, juges, universitaires et praticiens

---

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

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

13 Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.11.V.6.

et donc sur l'encouragement à leur mise en œuvre. Dans le cadre de ces activités, le Secrétariat a participé aux manifestations suivantes:

a) Une réunion de l'American Bar Association (ABA) sur les systèmes de registre des prêts garantis et des privilèges afin de discuter des meilleures pratiques dans les Amériques et en Europe (Washington, 6-9 avril 2011);

b) Un séminaire organisé par l'Université Bocconi, consacré aux effets du multilinguisme juridique sur le processus d'harmonisation des règles régissant la finance (Milan, 9 et 10 mai 2011);

c) Une conférence organisée par le European Max-Planck-Group, consacré au projet de principes sur les conflits de loi en matière de propriété intellectuelle (CLIP) (Berlin, 4 et 5 novembre 2011);

d) Une conférence sur le projet de dispositions du Code civil russe relatif aux gages, et sur le projet de loi russe concernant les registres de gages (Moscou, 22-27 janvier 2012); et

e) Une réunion avec la Section de l'insolvabilité, de la restructuration et des droits des créanciers de l'Association internationale du barreau sur le traitement des droits de licence en cas d'insolvabilité (Helsinki, 20-22 mai 2012).

41. La deuxième approche vise essentiellement les institutions financières internationales, dont la Banque mondiale, la Société financière internationale (SFI) et les banques régionales de développement, qui apportent une assistance technique aux États dans le domaine des opérations garanties, sans toutefois énoncer leurs propres normes législatives. Étant donné que ces activités liées à la réforme du droit, notamment la mise en place de registres des sûretés réelles mobilières, doivent se fonder sur des normes législatives internationalement reconnues, le Secrétariat travaille en coordination avec ces institutions financières internationales pour faire en sorte que l'assistance technique fournie soit conforme aux textes de la CNUDCI sur les opérations garanties.

42. À titre d'exemple, on mentionnera l'examen par le Secrétariat, en concertation avec la SFI, de projets de loi sur les opérations garanties du Ghana et d'Haïti; et la participation du Secrétariat à une réunion avec des responsables égyptiens pour discuter de réformes législatives éventuelles dans le domaine de l'insolvabilité et des opérations garanties (Le Caire, 22-28 juin 2011). Le Secrétariat s'efforce aussi de coordonner son action avec celle de la Banque mondiale en ce qui concerne la réforme de la loi sur les opérations garanties en République de Moldova dans le contexte plus large du Plan-cadre des Nations Unies pour l'aide au développement.

43. Le Secrétariat tient aussi des consultations informelles avec des législateurs et des décideurs de divers pays, parfois dans le cadre du suivi des activités susmentionnées. Grâce à cette constante interaction avec les acteurs concernés, le Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties (le "Guide") a été pris en compte dans les lois récemment promulguées ou révisées en Australie (*Personal Property Securities Act*, 2009 (loi sur les sûretés mobilières)), au Malawi (projet de loi sur les opérations garanties) et en République de Corée (loi concernant les sûretés sur les biens meubles et les créances, 2010). Ces travaux ont aussi permis de faire en sorte que le projet de cadre commun de référence sur les principes, définitions et règles modèles du droit privé européen, volume 6, livre IX (Sûretés réelles mobilières), élaboré par le Groupe d'étude sur un code civil européen et le

Groupe de recherche sur le droit privé communautaire (Groupe Acquis) soit dans une large mesure compatible avec les recommandations du Guide. Enfin, le Secrétariat travaille actuellement avec la Banque mondiale à la rédaction d'un ensemble de principes pour l'élaboration de lois efficaces et efficientes sur les opérations garanties.

*Autres activités de renforcement des capacités*

44. Le Secrétariat a aussi pris part à d'autres activités de renforcement des capacités visant à accroître la connaissance du droit commercial international. Parmi celles-ci, on notera la coopération avec le Centre international de formation de l'Organisation internationale du Travail et l'Université de Turin.

45. Dans le cadre de cette coopération, le Secrétariat a encore contribué à organiser et à dispenser les cours de niveau Master sur la passation des marchés publics au service du développement durable et sur le droit commercial international. Ces cours font partie intégrante du programme d'enseignement plus vaste de l'École pour le développement de Turin[14].

46. Les organismes internationaux de développement et d'autres institutions gérant des programmes globaux d'assistance technique voudront peut-être envisager de parrainer la participation d'étudiants à ces cours dans le but de renforcer les capacités locales des pays partenaires sur le long terme.

# III. Centre régional de la CNUDCI pour l'Asie et le Pacifique

47. Dans sa résolution 64/111 du 16 décembre 2009, l'Assemblée générale a noté que la Commission avait demandé que son secrétariat étudie la possibilité d'établir une présence dans les régions ou dans certains pays, par exemple en ayant du personnel spécialisé dans les bureaux extérieurs des Nations Unies, en collaborant avec les bureaux extérieurs existants ou en créant des bureaux de pays de la Commission en vue de faciliter l'apport d'une assistance technique visant l'utilisation et l'adoption des textes de la Commission.

48. À sa quarante-quatrième session, en juillet 2011, un large soutien a été exprimé en faveur de l'initiative prise par le Secrétariat d'instaurer cette présence en créant des centres régionaux de la CNUDCI en différents points du globe[15]. Cette création a été considérée comme une mesure originale mais importante pour la CNUDCI, car elle l'aiderait à se rapprocher des pays en développement et à leur apporter une assistance technique[16]. Informée de la proposition de la République de Corée tendant à mettre en place un projet pilote dans la région Asie-Pacifique, la Commission a approuvé la création d'un centre régional de la CNUDCI pour l'Asie et le Pacifique (le "*Centre régional*") à Incheon (République de Corée)[17].

---

14 www.itcilo.org/fr/training-offer/copy_of_masters-programmes-universitaires.

15 *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 17* (A/66/17), par. 263 et 264.

16 Ibid., par. 264.

17 Ibid., par. 267 et 269.

49. Dans sa résolution 66/94 du 9 décembre 2011, l'Assemblée générale a accueilli favorablement cette décision et remercié le Gouvernement de la République de Corée pour sa généreuse contribution.

50. Le *Centre régional* a été officiellement ouvert le 10 janvier 2012 par la Conseillère juridique et Secrétaire générale adjointe aux affaires juridiques de l'Organisation des Nations Unies, laquelle a souligné l'importance du principe de l'état de droit et du rôle que le *Centre régional* était appelé à jouer dans l'amélioration du commerce et du développement internationaux dans la région Asie-Pacifique[18]. Le programme d'ouverture s'est conclu par la signature de plusieurs accords clefs et par une cérémonie lors de laquelle le *Centre régional* a été officiellement inauguré. Cette cérémonie a été suivie d'un atelier régional portant sur le rôle du Centre et sur l'importance des textes de la CNUDCI dans la région Asie-Pacifique[19].

51. Les principaux objectifs du *Centre régional* sont les suivants: a) améliorer le commerce et le développement internationaux dans la région Asie-Pacifique en favorisant la sécurité des opérations commerciales internationales par la diffusion des règles et normes de commerce international, en particulier celles élaborées par la CNUDCI; b) fournir une assistance technique bilatérale et multilatérale aux États en vue de l'adoption et de l'interprétation uniforme des textes de la CNUDCI grâce à des ateliers et des séminaires; c) mener des activités de coordination avec des organisations internationales et régionales travaillant à des projets de réforme du droit commercial dans la région; et d) faire fonction de voies de communication entre les États de la région et la CNUDCI.

52. Le Directeur du *Centre régional* a pris ses fonctions en mars. Le Ministère de la justice de la République de Corée a détaché à titre gracieux un juriste pour ce projet. D'autres mesures administratives visant à faciliter le fonctionnement du *Centre régional* ont été prises et dans ce contexte des accords ont été conclus avec la CESAP, ainsi qu'avec le pays hôte et les autorités compétentes.

53. Il est prévu que le *Centre régional* entreprenne de nombreuses activités d'assistance technique et élabore des stratégies de diffusion des textes de la CNUDCI spécialement adaptées à la région. Dans le cadre de ces stratégies et des initiatives auxquelles elles donneront lieu, le *Centre régional* organisera ou appuiera en 2012 plusieurs réunions nationales et régionales portant sur divers sujets de la CNUDCI.

54. Comme des financements supplémentaires seront nécessaires pour étendre le rôle du *Centre régional*, les activités de celui-ci consisteront pour une grande part à recueillir des fonds. Les États voudront peut-être prendre note des activités du *Centre régional* afin d'intégrer la coopération avec celui-ci dans leurs activités d'assistance technique en cours et à venir visant la réforme du droit commercial dans la région Asie-Pacifique.

---

[18] Cette allocution (en anglais) est consultable dans son intégralité à l'adresse suivante: http://untreaty.un.org/ola/media/info_from_lc/POB%20Incheon-Welcome%20Address.pdf.

[19] À la date du présent document, de plus amples informations (en anglais) sur le Centre régional et la cérémonie d'inauguration peuvent être consultées à l'adresse suivante: www.uncitral.org/uncitral/en/tac/regionalcentre.html.

55. À sa quarante-cinquième session, en juillet 2012, la Commission entendra un rapport oral sur les progrès réalisés par le *Centre régional*, ainsi que sur l'évolution de la création de centres régionaux de la CNUDCI dans d'autres régions.

# IV. Diffusion d'informations

56. Un certain nombre de documents et de publications élaborés par la CNUDCI jouent un rôle clef dans ses activités de coopération et d'assistance techniques, en particulier pour ce qui est de la diffusion d'informations sur ses activités et ses textes. Ces ressources sont constamment développées afin de faciliter encore la diffusion d'informations et de veiller à ce que celles-ci soient actuelles et à jour.

## A. Site Web

57. Décliné dans les six langues officielles de l'ONU, le site Web de la CNUDCI permet d'accéder au texte intégral des documents de la Commission et d'autres documents relatifs au travail de cette dernière (publications, informations sur l'état des traités, communiqués de presse, événements et nouvelles). Conformément à la politique de l'Organisation régissant la diffusion des documents, les documents officiels sont accessibles, sous réserve de disponibilité, sur le lien du Système de diffusion électronique des documents (Sédoc) de l'ONU.

58. En 2011, le site Web a été consulté par quelque 500 000 visiteurs uniques. Environ 67 % des flux sont dirigés vers des pages en anglais, 22 % vers celles en français et en espagnol, et les 11 % restants vers celles en arabe, en chinois et en russe. À cet égard, il convient de noter que si le site Web de la CNUDCI fait partie des plus importantes sources d'information électroniques sur le droit commercial international dans toutes les langues, il représente sans doute actuellement l'unique source d'information de sa catégorie disponible dans certaines de ces langues.

59. Le contenu du site Web est continuellement mis à jour et augmenté dans le cadre des activités de la Bibliothèque de droit de la CNUDCI et par conséquent sans entraîner de coût supplémentaire pour le Secrétariat. En particulier, les documents officiels de la CNUDCI relatifs aux sessions antérieures de la Commission sont régulièrement chargés dans le Sédoc et mis à disposition sur le site dans le cadre d'un projet de numérisation des archives de la CNUDCI, mené en collaboration avec le Groupe de la gestion des documents de l'ONUV. En 2011, la Bibliothèque de droit de la CNUDCI a finalisé un projet visant à assurer la reconnaissance optique des caractères pour tous les *Annuaires* de la CNUDCI. Il est désormais possible de lancer des recherches en texte intégral dans les *Annuaires* via le site Web de la CNUDCI, ce qui devrait encore améliorer l'accès aux documents historiques de la Commission.

## B. Bibliothèque

60. 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 Commission à effectuer des recherches. Elle apporte également une aide à cet égard au personnel des missions permanentes et d'autres

organisations internationales sises à Vienne, ainsi qu'à des chercheurs extérieurs et des étudiants en droit. En 2011, le personnel de la bibliothèque a répondu à environ 350 demandes de références en provenance de plus de 41 pays.

61. La collection de la Bibliothèque de droit de la CNUDCI est axée principalement sur le droit commercial international et compte actuellement plus de 10 000 monographies, 150 titres de périodiques actifs, des documents de référence juridiques et généraux, y compris des documents de l'ONU autres que ceux de la CNUDCI, des documents d'autres organisations internationales, et des ressources électroniques (dont l'accès est restreint aux seuls utilisateurs internes). Une attention particulière est portée à l'acquisition de nouveaux documents dans les six langues officielles de l'ONU.

62. La Bibliothèque de droit de la CNUDCI gère un catalogue exploitable en ligne à usage général (OPAC), conjointement avec les autres bibliothèques des Nations Unies à Vienne et avec l'appui technique de la Bibliothèque des Nations Unies de Genève. Le catalogue est accessible depuis la page "Bibliothèque" du site Web de la CNUDCI.

63. Le personnel de la Bibliothèque de droit de la CNUDCI établit chaque année, pour la Commission, une "bibliographie des écrits récents ayant trait aux travaux de la CNUDCI". La bibliographie contient des références d'ouvrages, d'articles et de thèses dans diverses langues, classées par sujet (pour la quarante-cinquième session de la Commission, voir A/CN.9/750). Chaque entrée bibliographique est saisie dans le catalogue, et le texte intégral de tous les documents cités est conservé dans la collection de la Bibliothèque. Les mises à jour mensuelles à compter de la date de la bibliographie annuelle la plus récente sont consultables dans la rubrique "Bibliographie" du site Web de la CNUDCI.

64. Une version préliminaire de la bibliographie consolidée des écrits ayant trait aux travaux de la CNUDCI a été mise en ligne sur le site Web de la CNUDCI en 2009[20]. La bibliographie consolidée regroupe toutes les entrées bibliographiques des rapports soumis à la Commission depuis 1968. Elle contient actuellement plus de 6 000 entrées, reproduites en anglais et dans les langues originales, vérifiées et uniformisées dans la mesure du possible. Sa version finale sera disponible en tant que publication officielle de la CNUDCI sous réserve de la disponibilité des ressources financières.

## C. Publications

65. Outre les documents officiels, la CNUDCI publie habituellement deux séries de documents, à savoir, d'une part, les textes de tous les instruments élaborés par elle et, d'autre part, l'*Annuaire* de la CNUDCI. Ces publications sont régulièrement diffusées à l'appui des 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.

---

[20] Consultable à l'adresse: www.uncitral.org/uncitral/publications/bibliography_consolidated.html.

66. Les travaux suivants ont été publiés en 2011: Un droit moderne pour le commerce mondial: Actes du Congrès célébrant la quarantième session annuelle de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international[21]; Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (version révisée en 2010)[22]; Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties: Supplément sur les sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles[23]; et les *Annuaires* 2006 et 2007 de la CNUDCI[24].

67. Les travaux suivants ont été publiés début 2012: Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale: le point de vue du juge[25], et une brochure révisée concernant la Convention de 1974 sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises avec une note explicative mise à jour[26].

68. Pour tenir compte de préoccupations tant budgétaires qu'environnementales, le Secrétariat a poursuivi ses efforts visant à privilégier les médias électroniques pour la diffusion des textes de la CNUDCI. Plusieurs textes ont ainsi été exclusivement publiés au format électronique en 2011 et 2012: Un droit moderne pour le commerce mondial: Actes du Congrès célébrant la quarantième session annuelle de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (livre électronique); *Annuaires* 2006 et 2007 de la CNUDCI (CD-ROM et livre électronique); Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale: le point de vue du juge (livre électronique); brochure révisée concernant la Convention de 1974 sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (livre électronique).

## D. Communiqués de presse

69. Des communiqués de presse sont régulièrement publiés lorsque des formalités conventionnelles se rapportant aux textes de la CNUDCI sont accomplies ou que des informations relatives à l'adoption d'une loi type de la CNUDCI, ou d'autres textes pertinents, sont reçues. Des communiqués de presse sont également publiés à propos d'informations d'une importance particulière et concernant directement la CNUDCI. Ces communiqués de presse sont adressés par courriel aux parties intéressées et sont affichés sur le site Web de la CNUDCI, ainsi que sur celui du Service d'information des Nations Unies à Vienne (SINU) ou du Département de l'information, Division de l'information et des médias à New York, le cas échéant.

70. Afin d'améliorer l'exactitude et l'actualité des informations communiquées concernant l'adoption des lois types de la CNUDCI, étant entendu que cette adoption ne nécessite pas de formalités auprès du Secrétariat de l'ONU, et pour faciliter la diffusion des informations correspondantes, la Commission voudra peut-être demander aux États membres d'informer le Secrétariat lorsqu'ils adoptent une législation appliquant une loi type de la CNUDCI.

---

21 Consultable (en anglais) à l'adresse: www.uncitral.org/uncitral/en/publications/publications.html.

22 Consultable à l'adresse: www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/arbitration.html.

23 Consultable à l'adresse: www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/security.html.

24 Consultable à l'adresse: www.uncitral.org/uncitral/fr/publications/yearbook.html.

25 Consultable à l'adresse: www.uncitral.org/uncitral/uncitral_texts/insolvency.html.

26 Consultable à l'adresse: www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/sale_goods.html.

## E. Demandes générales de renseignements

71. Le Secrétariat traite actuellement 2 000 demandes générales de renseignements par an environ, qui portent notamment sur des aspects techniques et la disponibilité des textes de la CNUDCI, des documents de travail, des documents de la Commission, et sur d'autres questions connexes. De plus en plus souvent, il y est répondu en renvoyant au site Web de la CNUDCI.

## F. Réunions d'information à l'intention des missions permanentes à Vienne

72. 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, qui avait été organisé par l'Institut des Nations Unies pour la formation et la recherche (UNITAR) à l'Office des Nations Unies à Vienne le 28 septembre 2011.

## G. Conférences d'information à Vienne

73. Le Secrétariat organise à la demande, sur site, des conférences d'information sur les travaux de la CNUDCI à l'intention d'étudiants et d'universitaires, de membres du barreau, de fonctionnaires, y compris de juges et autres personnes intéressées. Depuis le dernier rapport, des conférences ont été organisées à l'intention de visiteurs venus, entre autres, d'Allemagne, d'Autriche, des États-Unis d'Amérique, de la Fédération de Russie, de Hongrie, de République de Corée et de Slovénie.

# V. Ressources et financement

74. Les dépenses liées à la plupart des activités de coopération et d'assistance techniques ne sont pas financées par le budget ordinaire. Pour pouvoir exécuter les activités de coopération et d'assistance techniques du programme de travail de la CNUDCI, le Secrétariat est donc tributaire de la disponibilité de ressources extrabudgétaires.

75. Le Secrétariat a étudié divers moyens d'accroître les ressources pour les activités d'assistance technique, notamment par des contributions en nature. En particulier, un certain nombre de missions ont été financées, en tout ou partie, par les organisateurs. Des sources de financement complémentaires seraient potentiellement disponibles si les activités de réforme du droit commercial pouvaient être plus régulièrement intégrées à des programmes plus larges d'aide au développement international. À cet égard, la Commission voudra peut-être donner des indications sur les éventuelles mesures à prendre dans l'avenir.

## A. Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la CNUDCI

76. 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.

77. Au cours de la période considérée, une contribution a été reçue du Gouvernement indonésien, pays que la Commission voudra peut-être remercier.

78. La Commission voudra peut-être noter que, malgré les efforts du Secrétariat pour obtenir de nouveaux dons, les ressources financières disponibles dans le Fonds d'affectation spéciale suffiront uniquement à financer un nombre très restreint d'activités de coopération et d'assistance techniques. Les efforts réalisés pour organiser au moindre coût les activités demandées et, autant que possible, par cofinancement et partage des coûts, se poursuivent. Cependant, lorsque les fonds actuels seront épuisés, les demandes de coopération et d'assistance techniques entraînant des frais de voyage ou d'autres frais connexes devront être déclinées, à moins que le Fonds d'affectation spéciale ne reçoive de nouveaux dons ou que d'autres sources de financement ne soient trouvées.

79. 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 recenser des sources de financement au sein de leur gouvernement.

## B. Fonds d'affectation spéciale créé pour permettre d'octroyer une aide au titre des frais de voyage aux pays en développement membres de la CNUDCI

80. La Commission se rappellera peut-être 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 permettre d'octroyer une aide au titre des frais de voyage aux pays en développement qui sont membres de la CNUDCI. Le Fonds d'affectation spéciale ainsi créé est ouvert aux contributions volontaires des États, des organisations intergouvernementales, des organisations d'intégration économique régionale, des institutions nationales et des organisations non gouvernementales, ainsi qu'aux personnes physiques et morales.

81. Au cours de la période considérée, une contribution supplémentaire a été reçue du Gouvernement autrichien, pays que la Commission voudra peut-être remercier.

82. 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.

83. 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.

# X. ÉTAT ET PROMOTION DES TEXTES JURIDIQUES DE LA CNUDCI

## Note du Secrétariat sur l'état des conventions et des lois types (A/CN.9/751)

**[Original: anglais]**

Non reproduit. La liste actualisée peut être obtenue auprès du secrétariat de la CNUDCI ou consultée sur Internet à l'adresse www.uncitral.org.

# XI. COORDINATION ET COOPÉRATION

## Note du Secrétariat sur les activités de coordination (A/CN.9/749)

## [Original: anglais]

### TABLE DES MATIÈRES


*Paragraphes*

I. Introduction . . . . . 1-3

II. Activités de coordination . . . . . 4-21

A. Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) et Conférence de La Haye de droit international privé . . . . . 4-7

B. Autres organisations . . . . . 8-21


---

# I. Introduction

1. Dans sa résolution 34/142 du 17 décembre 1979, l'Assemblée générale a prié le Secrétaire général de saisir la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) d'un rapport sur les activités juridiques des organisations internationales dans le domaine du droit commercial international, ainsi que de 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 aux diverses méthodes suggérées par la Commission pour renforcer son rôle de coordination dans le domaine du droit commercial international[1]. Cette dernière a notamment proposé que soient présentés, en plus d'un rapport général sur les activités des organisations internationales, des rapports sur des domaines particuliers où il serait question du travail déjà entrepris et des secteurs qui n'avaient pas encore fait l'objet de mesures d'unification, mais où un effort dans ce sens semblait s'imposer[2].

3. Le présent rapport, établi en application de la résolution 34/142 et conformément au mandat de la CNUDCI[3], donne des informations sur les activités d'autres organisations internationales œuvrant dans le domaine du droit commercial international, auxquelles le secrétariat de la CNUDCI a participé, en particulier des groupes de travail, des groupes d'experts et des réunions plénières. L'objet de cette

---

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-sixième session, Supplément n° 17* (A/36/17), par. 93 à 101.

[2] Ibid., par. 100.

[3] Voir résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale, sect. II, par. 8.

participation était de coordonner les activités menées par ces différentes organisations, d'échanger des informations et des connaissances, et d'éviter que les travaux et les produits en découlant ne fassent double emploi.

# II. Activités de coordination

## A. Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) et Conférence de La Haye de droit international privé

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

4. Le Secrétariat a participé à un colloque sur "la promotion de l'investissement pour la production agricole: aspects de droit privé", organisé par UNIDROIT (Rome, 8-10 novembre 2011). Le colloque s'est articulé autour des trois domaines suivants: les investissements dans les terres agricoles, l'agriculture commerciale pour les petits exploitants, ainsi que la mobilisation de capitaux et le financement de matériel pour la production agricole. Plus de 30 experts de haut niveau et venus d'horizons différents, notamment d'organisations multilatérales, ont présenté des rapports et participé aux discussions, en présence de représentants d'États membres d'UNIDROIT et d'experts indépendants. L'objet de la participation du secrétariat était d'étudier, avec UNIDROIT, les activités qui pourraient être menées à l'avenir dans le domaine de l'investissement étranger dans les terres et la production agricoles pour recenser les problèmes juridiques qui se posent notamment en matière de normes et règles de concession foncière, en s'appuyant sur les dispositions du Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé (2000).

### 2. Conférence de La Haye de droit international privé

5. Le Secrétariat a participé aux réunions suivantes de la Conférence de La Haye de droit international privé (Conférence de La Haye):

a) La Conférence intitulée "Accès au droit étranger en matière civile et commerciale" (Bruxelles, 15-17 février 2012) organisée conjointement par la Conférence de La Haye et la Commission européenne. Cette conférence a réuni des juristes, des juges, des universitaires, des représentants d'États, ainsi que des représentants d'organisations internationales et intergouvernementales confrontés au problème de l'accès au droit étranger en matière civile et commerciale. L'objectif de la conférence était d'examiner les moyens de faciliter à l'avenir l'accès au droit étranger en matière civile et commerciale à l'échelle mondiale;

b) La réunion du Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence (La Haye (Pays-Bas), 17-20 avril 2012), à laquelle le Secrétariat a assisté en qualité d'observateur.

### 3. Activités conjointes avec UNIDROIT et la Conférence de La Haye

6. Le Secrétariat a organisé la réunion annuelle de coordination avec UNIDROIT et la Conférence de La Haye, au cours de laquelle ont été examinés les travaux menés actuellement par les trois organisations et les domaines de coopération

possibles (Vienne, 4 mai 2011). La réunion ayant eu lieu à Vienne, des fonctionnaires du Secrétariat ont eu la possibilité d'y assister et de fournir aux représentants d'UNIDROIT et de la Conférence de La Haye un compte rendu exhaustif de leurs activités en cours.

7. À sa quarante-quatrième session, en 2011, la Commission a examiné et approuvé une note du Secrétariat intitulée "Comparaison et analyse des principaux éléments des instruments internationaux relatifs aux opérations garanties" (A/CN.9/720). Cette note comporte en annexe un document, établi conjointement par les trois organisations, qui explique le lien entre les textes sur les sûretés qu'elles ont élaborés. À cette session, la Commission a demandé qu'il soit assuré à ce document la diffusion la plus large possible, notamment en tant que publication des Nations Unies, en reconnaissant comme il se doit la contribution du Bureau permanent de la Conférence de La Haye et du secrétariat d'UNIDROIT[4]. Cette publication devrait paraître d'ici l'été 2012.

## B. Autres organisations

8. Le Secrétariat a mené d'autres activités de coordination avec diverses organisations internationales. Il a, par exemple, présenté des commentaires sur les documents élaborés par ces organisations et participé à diverses réunions et conférences en vue de présenter le travail de la CNUDCI ou le point de vue de la Commission sur les questions en jeu.

### 1. Thèmes divers

9. Le Secrétariat continue de prendre une part active aux travaux du Groupement interinstitutions concernant le commerce et la capacité de production[5]. Depuis la présentation de la dernière note du Secrétariat, le Groupement a tenu plusieurs réunions au cours desquelles les participants ont examiné les moyens de faire mieux connaître le Groupement et l'importance que revêtent le commerce et la productivité dans le processus de développement. Le Secrétariat a pris une part active à la préparation de la manifestation parallèle intitulée "Développement de la capacité productive et du commerce: la clef d'une croissance durable et solidaire" (Istanbul (Turquie), 9 mai 2011), organisée par le Groupement à l'occasion de la quatrième Conférence des Nations Unies sur les pays les moins avancés (PMA-IV, Istanbul (Turquie), 9-13 mai 2011). Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies et de hauts représentants de sept organisations ou organismes des Nations Unies, y compris du Secrétariat, ont prononcé des allocutions au cours de cette manifestation spéciale. Les membres du Groupement ont présenté une note de synthèse conjointe, dans laquelle ils décrivaient les objectifs du Groupement et appelaient à accorder davantage d'attention et de soutien aux questions liées au commerce et à la productivité dans les programmes et projets de coopération pour le développement. Le Secrétariat a également pris part à une autre manifestation spéciale à Doha, le 21 avril 2012, organisée par le Groupement dans le cadre de la Conférence CNUCED XIII. Lors de cette manifestation, présidée par le

---

[4] Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 17* (A/66/17), par. 283.

[5] Voir A/CN.9/725.

Vice-Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, le Secrétariat a prononcé une allocution sur le thème de la Conférence ("Mondialisation et développement: Vers des trajectoires de développement durable et équitable") du point de vue de la CNUDCI.

10. En sa qualité de membre du Groupement, le Secrétariat a participé à la négociation du Plan-cadre des Nations Unies pour l'aide au développement (PNUAD) pour la République de Moldova. Le PNUAD exprime la réponse collective du système des Nations Unies aux priorités des pays en matière de développement, en coordonnant la contribution commune du système aux besoins et aux priorités des pays. Enfin, le Secrétariat a fait un bref discours, pour diffusion en différé sur Internet, lors de la séance d'information intitulée "Delivering Aid for Trade: the way forward" (Aide pour le commerce: perspectives), organisée par la CNUCED à Genève (Suisse), le 22 février 2012. La séance, ouverte aux nouveaux représentants à la CNUCED, à toutes les missions permanentes à Genève, aux organisations non gouvernementales, à la presse et aux membres du personnel, avait pour objet de présenter des informations sur le Groupement, notamment sur les objectifs qu'il poursuit et les travaux qu'il mène.

11. Le Secrétariat a participé à la Réunion annuelle du Comité consultatif du Département d'État des États-Unis sur le droit international privé (Washington, 22 et 23 septembre 2011), au cours de laquelle il a pu donner aux participants des renseignements actualisés sur l'état des travaux de la CNUDCI.

### 2. Passation de marchés

12. Le Secrétariat est membre d'un groupe de travail des banques multilatérales de développement (BMD) sur la passation de marchés par voie électronique, qui a travaillé à l'élaboration d'une version actualisée d'un manuel sur la passation électronique (Handbook on e-Government Procurement), dont la publication est prévue pour avril 2012 et qui suit l'approche présentée dans la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics (2011). La participation au groupe de travail implique également d'assister à ses réunions trimestrielles par vidéoconférence, au cours desquelles des questions d'ordre stratégique, opérationnel et technique sont abordées. Le groupe tient tous les deux ans une conférence sur la passation des marchés publics par voie électronique, qui est organisée à chaque fois par un membre différent des BMD et dont l'objectif est de servir de cadre pour partager des expériences et examiner des normes communes en vue de développer et de mettre en œuvre la passation par voie électronique. Le Secrétariat est intervenu lors de la dernière conférence (Jimabaran (Indonésie), 22-24 novembre 2011), à laquelle ont pris part plus de 100 personnes, dont des hauts représentants d'États, ainsi que des représentants d'institutions multilatérales et bilatérales de développement, d'organisations de la société civile et du secteur privé[6].

13. Le Secrétariat a participé à des consultations tenues par la Commission économique pour l'Europe (CENUE) sur les partenariats entre secteur public et secteur privé (PPP), y compris à la troisième réunion de l'Équipe de spécialistes des partenariats public-privé, qui portait notamment sur l'examen d'une mallette de formation de la CENUE pour la promotion des PPP et de propositions pour un

---

[6] Voir http://beta.adb.org/news/events/asia-and-pacific-conference-electronic-government-procurement-e-gp.

Centre international d'excellence de la CENUE en matière de PPP et des centres régionaux spécialisés (Genève (Suisse), 18 et 19 avril 2011).

14. Le Secrétariat coordonne des activités avec l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime (UNODC) en vue de soutenir les États dans leur mise en œuvre de l'article 9 de la Convention des Nations Unies contre la corruption, qui établit des normes relatives aux systèmes de passation des marchés publics. Cette collaboration prévoit également une étude de l'efficacité des stratégies actuelles, la recherche des meilleures pratiques et la fourniture de textes de la CNUDCI (Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics (2011) assortie du Guide pour son incorporation dans le droit interne) en vue d'appuyer la mise en œuvre législative. Un groupe de travail de l'UNODC devrait commencer à tenir des réunions à ce sujet en septembre 2012.

15. Le Secrétariat a pris part aux consultations tenues sur les progrès accomplis dans l'application de la Recommandation de l'OCDE sur le renforcement de l'intégrité dans les marchés publics (2008) en vue de la présentation d'un rapport et de conclusions au Conseil de l'OCDE.

### 3. Règlement des litiges

16. Le Secrétariat a participé aux activités suivantes:

a) Dialogue de groupe d'experts de l'OCDE sur les accords internationaux d'investissement et le règlement des litiges entre investisseurs et États (Paris, 20 et 21 mars 2011) afin de déterminer si les travaux que l'OCDE pourrait entreprendre à l'avenir sur l'arbitrage en matière d'investissements concorderont avec les travaux que la CNUDCI mène sur ce sujet;

b) Conférence du Conseil international pour l'arbitrage commercial à l'occasion du cinquantième anniversaire de cette organisation, au cours de laquelle les participants ont débattu des évolutions futures possibles de l'arbitrage international (Genève (Suisse), 20 mai 2011);

c) Groupe consultatif d'experts de la Banque mondiale chargé d'élaborer un deuxième rapport annuel sur les investissements transfrontières ("Investing Across Borders"). Le Secrétariat a formulé des observations et des avis sur les indicateurs en matière de modes alternatifs de règlement des litiges, notamment sur des questions de mise en œuvre de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international et de la Convention des Nations Unies pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (la Convention de New York)[7];

d) Session d'un groupe de travail sur le recours à la médiation pour le règlement de différends relatifs aux investissements, organisée conjointement par la CNUCED et l'Association internationale du barreau (Genève (Suisse), 19 mai 2011). L'objet de la réunion était de débattre de l'élaboration de règles (ou de directives) sur la médiation, sujet que la CNUDCI pourrait également envisager d'intégrer dans son futur programme de travail. Les informations échangées au cours de la réunion ont servi de base pour la présentation d'un document élaboré par

[7] Des informations sur cette initiative sont disponibles à l'adresse: http://iab.worldbank.org.

la CNUCED sur ce thème à la quarante-quatrième session de la Commission en 2011[8]; et

e) Réunion organisée par l'Institut international pour l'arbitrage (IAI) (Paris, 20 et 21 avril 2012) afin de faire le point sur l'élaboration d'instruments internationaux relatifs aux questions qui, selon la CNUDCI, pourraient faire l'objet de travaux futurs dans le domaine de l'arbitrage.

### 4. Commerce électronique

17. Le Secrétariat a contribué activement aux activités régionales dans le domaine législatif, notamment en Amérique centrale et en Afrique, pour faire en sorte que les textes en découlant soient conformes aux normes législatives de la CNUDCI et à leurs principes sous-jacents.

18. Le Secrétariat a également mené les activités suivantes:

a) Formulation de commentaires sur le projet de recommandation 37 du Centre des Nations Unies pour la facilitation du commerce et les transactions électroniques relative à l'interopérabilité des documents numériques signés (document ECE/TRADE/C/CEFACT/2010/14/Rev.1)[9];

b) Contribution au contenu du projet de guide juridique pour la création de guichets uniques électroniques, publication dont le Réseau d'experts des Nations Unies pour le commerce sans papier en Asie-Pacifique (UNNExT) assure la promotion; et

c) Contribution aux travaux que mène actuellement la Direction générale Société de l'information et médias de la Commission européenne sur une future politique de l'Union européenne en matière d'identification, d'authentification et de signature électroniques (action 8 de la "stratégie numérique pour l'Europe").

### 5. Sûretés

19. La coordination avec les organisations concernées dont les travaux portent sur les sûretés a été poursuivie pour que les États reçoivent des orientations complètes et cohérentes dans le domaine du droit des opérations garanties.

20. En particulier, le Secrétariat a mené les activités suivantes:

a) Coordination avec l'American Bar Association (ABA), qui a donné lieu à une résolution, adoptée lors de la réunion annuelle de la Chambre des délégués de l'ABA[10], à l'appui des efforts déployés par les instances nationales et internationales, dont la CNUDCI, afin de favoriser l'accroissement et l'harmonisation des échanges et du commerce internationaux ainsi que la création de systèmes fiables de prêts garantis dans les pays en développement, à travers une réforme de la législation commerciale et notamment du droit des opérations garanties[11]. Dans cette résolution, les délégués de l'ABA soutiennent également les

---

[8] Voir A/CN.9/734.

[9] Voir A/CN.9/725, par. 15 a).

[10] La réunion des représentants de l'ABA s'est tenue le 9 août 2011 à Toronto (Canada) (le Secrétariat n'y était pas représenté).

[11] La résolution adoptée par l'ABA est disponible à l'adresse: www.abanow.org/2011/07/2011am301.

efforts déployés par les instances internationales et multinationales, dont la CNUDCI, les banques de développement, et les organismes d'aide multilatérale et bilatérale pour encourager les pays en développement à adopter des dispositions législatives favorisant l'octroi de prêts garantis et pour apporter une assistance technique à ces pays;

b) Poursuite de la participation au réseau de praticiens en ligne sur les opérations garanties et les registres des sûretés de la Société financière internationale (SFI), qui permet de regrouper et d'examiner des informations utiles sur les opérations garanties et les registres des sûretés, d'échanger des informations actualisées sur les réformes à l'échelle internationale, et sur des projets et des événements interorganisations, et d'étudier les possibilités de collaboration entre institutions;

c) Coordination avec la Banque mondiale sur la réforme du droit des opérations garanties en République de Moldova dans le contexte plus général du Plan-cadre des Nations Unies pour l'aide au développement (PNUAD) dans ce pays;

d) Présentation d'observations au sujet du nouveau projet de loi sur les opérations garanties en Haïti, élaboré avec l'aide de la SFI;

e) Coordination avec la SFI en ce qui concerne le projet de loi sur les opérations garanties au Ghana;

f) Coordination avec le National Law Center on Inter-American Free Trade au sujet d'un examen éventuel de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international par les États qui ont déjà adopté une loi moderne sur les opérations garanties ou qui s'apprêtent à le faire;

g) Présentation d'observations sur le projet de dispositions du Code civil russe relatives aux sûretés mobilières, élaboré par le Ministère du développement économique de la Fédération de Russie en collaboration avec la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD), et le projet de loi sur les registres des sûretés réelles, établi par le Ministère des finances et la Banque centrale de la Fédération de Russie[12];

h) Actions de coordination avec la Commission européenne afin de mettre au point une approche coordonnée de la loi applicable aux effets des cessions sur la propriété. Le British Institute of International and Comparative Law mène actuellement une étude sur cette question pour le compte de la Commission européenne;

i) Coordination avec la Société internationale des cadres en transfert des technologies (LESI) sur les questions relatives au financement garanti par la propriété intellectuelle, et participation éventuelle au Global Technology Impact Forum (GTIF) organisé par la LESI;

j) Participation à une réunion de l'European Max-Planck-Group for Conflict of Laws in Intellectual Property (CLIP)[13] (Berlin, 3-5 novembre 2011), qui

---

[12] Voir aussi A/CN.9/753.

[13] Créé en 2004, l'European Max-Planck-Group for Conflict of Laws in Intellectual Property (CLIP) est un groupe d'universitaires spécialisés dans le domaine de la propriété intellectuelle et du droit international privé qui se réunit régulièrement pour examiner des questions

avait pour but d'échanger des informations sur la loi applicable aux sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles, question que le Groupe de travail VI n'avait pas résolue avant la quarante-troisième session de la Commission[14]; et

k) Coordination avec la Section de l'insolvabilité, de la restructuration et des droits des créanciers de l'Association internationale du barreau au sujet du traitement des droits de licence en cas d'insolvabilité et d'éventuelles dispositions législatives qui soient compatibles avec le Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties: Supplément sur les sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles (Helsinki, 20-22 mai 2012).

### 6. Insolvabilité

21. Le Secrétariat a pris part à une réunion du Groupe de travail de la Banque mondiale sur le régime applicable à l'insolvabilité des personnes physiques (Washington, 17 et 18 novembre 2011). Le Groupe de travail a été créé sous les auspices de l'Équipe spéciale de la Banque mondiale sur le droit de l'insolvabilité afin d'engager des travaux visant à mettre en évidence les politiques et principes généraux qui sous-tendent les différents systèmes juridiques mis au point pour permettre une gestion efficace des risques liés à l'insolvabilité des consommateurs et au surendettement des personnes physiques dans le contexte actuel.

---

intéressant la propriété intellectuelle, le droit international privé et la compétence des tribunaux. Son objectif est d'élaborer un ensemble de principes sur le conflit de lois en matière de propriété intellectuelle et de formuler des avis indépendants à l'intention des responsables européens et nationaux. Des informations sont disponibles à l'adresse: www.ip.mpg.de/ww/de/pub/mikroseiten/cl_ip_eu.

[14] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), par. 210 à 223.

*Troisième partie*

# ANNEXES

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

_____

**Finalisation et adoption d'un Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics**

**Compte rendu analytique de la 943e séance tenue au siège, à New York, le lundi 25 juin 2012 à 10 h 30**

[A/CN.9/SR.943]

*Président provisoire*: M. Sorieul (Secrétaire de la Commission)

*Président*: M. Sikirić (Croatie)

*Puis*: M. Wiwen-Nilsson (Vice-Président, Président du Groupe de travail I)

*La séance est ouverte à 10 h 50.*

**Ouverture de la session**

1. **Mme O'Brien** (Secrétaire général adjointe aux affaires juridiques; Conseillère juridique), notant que la Commission va achever et adopter à la présente session le Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, dit qu'un régime moderne de passation des marchés publics aide les États à assurer l'équité, la transparence et l'efficacité dans leurs processus d'établissement de contrats, qui impliquent souvent des montants importants de fonds publics. Il fixe aussi des normes pour éviter la corruption dans les finances publiques, qui est un souci pour les parties contractantes et les bailleurs de fonds internationaux, comme en témoigne la Convention des Nations Unies contre la corruption. En effet, la Loi type de la CNUDCI est un outil important pour la mise en œuvre effective de cette convention.

2. Depuis la session précédente, le Centre régional pour l'Asie et le Pacifique a été ouvert avec le soutien du Gouvernement de la République de Corée. Le Centre est un moyen important de promotion de l'adoption et de l'utilisation des textes de la Commission. Il faut espérer que la CNUDCI étendra à l'avenir sa présence sur le terrain à d'autres régions. Sur le sujet connexe de l'assistance technique, la Commission examinera un document sur une orientation stratégique pour la CNUDCI en vue d'optimiser l'utilisation des ressources et d'élargir le rôle des groupes de travail et du secrétariat de la CNUDCI en matière de promotion du travail de la Commission.

3. Parmi les autres questions que la Commission traitera, il y a le règlement d'arbitrage, les travaux futurs dans le domaine des marchés publics et le développement de l'infrastructure, autant de questions juridiques qui ont une incidence sur la microfinance, et le droit international des contrats.

4. Dans le contexte plus large des activités des Nations Unies qui touchent à la primauté du droit, des progrès sont enregistrés pour faire mieux connaître le travail vital de la Commission, s'agissant de traiter les aspects du droit commercial de la migration résultant de l'appauvrissement, de l'inégalité et des conflits intérieurs, ou l'inégalité d'accès aux ressources communes. Le travail de la Commission sera pris en compte à la réunion de haut niveau de l'Assemblée générale consacrée à la primauté du droit aux niveaux international et national, qui se tiendra plus tard dans l'année.

5. Le travail de la Commission soutient les valeurs de la Charte des Nations Unies et contribue ainsi à

instaurer une économie mondiale équitable qui profite à tous.

**Élection des membres du Bureau**

6. **Le Président provisoire** dit que dans une lettre, le Bélarus, agissant au nom des États d'Europe orientale, a présenté la candidature de M. Sikirić de la Croatie à la présidence de la séance.

*7. M. Sikirić (Croatie) est élu Président par acclamation.*

8. *M. Sikirić (Croatie) assume la présidence.*

9. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) demande aux représentants d'autres groupes d'informer le Secrétariat de l'identité de leurs candidats avant la fin de la semaine. Un rapporteur doit être élu cette même semaine en vue de présenter la partie du rapport qui concerne les marchés publics avant que la question soit examinée le vendredi.

10. **M. Fruhmann** (Autriche), s'exprimant au nom des États de l'Europe occidentale et d'autres États, propose que M. Wiwen-Nilsson (Suède) soit élu Vice-Président de la Commission à titre personnel.

11. **M. Grand d'Esnon** (France) approuve la désignation du candidat.

12. *M. Wiwen-Nilsson (Suède) est élu par acclamation Vice-Président de la Commission à titre personnel.*

**Adoption de l'ordre du jour** (A/CN.9/735 et Add.1)

13. **Le Président** dit qu'il considère que la Commission convient d'ajouter un nouveau point à la suite du point 12 de l'ordre du jour provisoire (A/CN.9/735 et Add.1), intitulé "Travaux futurs possibles dans le domaine du droit international des contrats", comme proposé par la Suisse. Les points suivants seront renumérotés en conséquence.

14. *Il en est ainsi décidé.*

15. *L'ordre du jour tel que modifié est adopté.*

**Finalisation et adoption d'un Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics**
(A/CN.9/WG.I/WP.79 et Add.1 à 19; A/CN.9/745; A/CN.9/754 et Add.1 à 3)

16. **Le Président** dit que, conformément à la pratique établie et par souci d'efficacité, l'examen des points de l'ordre du jour qui concernent la finalisation ou l'adoption de projets de texte transmis à la Commission par un groupe de travail devrait se faire sous la présidence du Président dudit groupe de travail.

17. *M. Wiwen-Nilsson (Suède), Vice-Président, Président du Groupe de travail I, assume la présidence.*

18. **Le Président** dit que le projet de guide pour l'incorporation constitue plus qu'un simple recueil d'informations sur l'incorporation: il contient des recommandations pour les législateurs et une explication des différences entre la nouvelle Loi type et celle de 1994, afin que les États qui adoptent la nouvelle Loi puissent évaluer les parties nouvelles et voir lesquelles utiliser éventuellement. Il invite les membres de la Commission à formuler des remarques concernant le document A/CN.9/WG.I/WP.79 et ses additifs.

19. **M^me^ Nicholas** (Secrétariat), répondant aux remarques de **M. Grand d'Esnon** (France), **M^me^ Miller** (Banque mondiale) et **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique), explique que les modifications apportées au projet de guide par le Groupe de travail à sa réunion d'avril seront portées à l'attention de la Commission lorsque ces parties du texte seront examinées.

20. **Le Président** attire l'attention sur l'excellente définition de l'intégrité des informations au paragraphe 48 du document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.1.

21. **M^me^ Nicholas** (Secrétariat) dit que le Groupe de travail a proposé un certain nombre de changements aux paragraphes 16 à 19 du document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.2 concernant la concurrence entre fournisseurs et entrepreneurs pour la fourniture de l'objet du marché. Il s'agit notamment de supprimer la seconde phrase du paragraphe 16, étant donné qu'il sera expliqué ailleurs dans le Guide que la collusion n'est pas uniquement l'absence de concurrence, mais bien tout moyen utilisé pour fausser le marché; d'insérer dans la deuxième phrase du paragraphe 17 le mot ", notamment," à la suite des mots "de manière à"; et d'insérer le paragraphe 18 après le paragraphe 16, l'actuel paragraphe 18 devenant le

paragraphe 17 et le paragraphe 17 devenant le paragraphe 18, afin de donner un meilleur contexte à l'article 28, paragraphe 2, de la Loi type, qui constitue une application essentielle du principe de concurrence exposé dans le préambule. Cela renforcerait par ailleurs l'accentuation des éléments quantitatifs plutôt que qualitatifs de la concurrence, étant donné que, dans un marché restreint, il n'y a tout simplement pas le même nombre de participants que dans un marché plus animé.

22. **M. Imbachi Cerón** (Colombie) demande à quel endroit du Guide apparaîtra la mention de la collusion, étant donné qu'il s'agit d'un concept qui présente un intérêt particulier pour les législateurs dans son pays.

*La séance est suspendue à 12 h 5, elle est reprise à 12 h 30.*

23. **Le Président** dit qu'une explication de la collusion apparaît dans la note de bas de page 1 du document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.13. Il est proposé que le texte soit déplacé dans le corps du document, éventuellement en insérant un nouvel article 20 dans le document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.2.

24. **M^me^ Nicholas** (Secrétariat) dit que le Groupe de travail a été préoccupé par le fait que la définition de la collusion qui apparaît dans les textes antérieurs est trop restrictive, impliquant que la concurrence est l'antithèse de la collusion. Il sera aussi renvoyé là où c'est indiqué à la définition plus large, à placer à la fin de la sous-section 3 de l'additif 2.

25. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique) et **M. Maradiaga** (Honduras) conviennent qu'il serait utile d'intégrer la définition dans le paragraphe 19 pour une meilleure compréhension.

26. **M. Fruhmann** (Autriche), soutenu par **M. Imbachi Cerón** (Colombie), reconnaît qu'il est important d'avoir une définition plus large de la collusion, mais dit que celle-ci doit être élargie davantage pour englober les représentants de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité contractante, qui peuvent se rendre coupables d'entente avec les fournisseurs ou les entrepreneurs. Il note que la collusion n'a pas toujours pour but d'obtenir un prix plus élevé: elle peut être utilisée pour modifier ou fausser les conditions d'attribution des marchés au profit des fournisseurs ou des entrepreneurs.

27. **M. Zhao** (Chine) dit que la concurrence pour l'obtention d'un marché public peut être limitée par ignorance ou par manque de compréhension de la part de l'organisme de passation des marchés publics plutôt que par la collusion. Il importe dès lors de vérifier si ceux qui sont en concurrence pour l'obtention d'un contrat de marché public se sont effectivement rendus coupables de collusion en établissant quelle est l'intention des participants, si l'organisme de passation des marchés publics ou le fournisseur a tiré profit des conditions du contrat et, enfin, si des lois ou normes juridiques ont été enfreintes.

28. **M^me^ LeBlanc** (Canada) dit qu'il ne suffit pas de dire que la collusion est un concept plus large que l'absence de concurrence, que son gouvernement considère comme deux choses différentes. Une absence de concurrence peut impliquer la collusion, mais celle-ci n'est pas nécessairement la seule raison de l'absence de concurrence. De même, il peut exister une concurrence apparente, mais tous les soumissionnaires ou une partie d'entre eux peuvent s'être rendus coupables de collusion entre eux.

29. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique) estime qu'il serait plus pertinent d'insérer l'explication de la collusion à la sous-section 5 concernant la promotion de l'intégrité et de l'équité du processus de passation des marchés et de la confiance du public dans ce processus. Le Groupe de travail, dont il est membre, a été conscient de l'importance du problème de la collusion, mais a estimé qu'il valait mieux le traiter en détail dans les textes qui relèvent de la législation anticorruption.

30. **M. Imbachi Cerón** (Colombie) dit que le Guide s'efforce de fournir des indications sur la manière de favoriser les conditions de la libre concurrence. Il est dès lors important d'inclure des définitions générales de ces questions.

31. **Le Président** dit que le Secrétariat produira une version finale du texte pour examen par la Commission. Il estime qu'il est important d'élargir la référence à la collusion au paragraphe 16, plutôt que de la supprimer complètement et de la déplacer plus loin à la sous-section 5.

32. **M^me^ Nicholas** (Secrétariat) dit que la définition sera suffisamment équilibrée, développée et assortie de renvois réciproques de manière à ce que la pertinence et l'importance de la question soient claires.

*La séance est levée à 13 heures.*

## Finalisation et adoption d'un Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics (*suite*)

### Compte rendu analytique de la 944e séance tenue au Siège, à New York, le lundi 25 juin 2012, à 15 heures

[A/CN.9/SR.944]

*Président par intérim*: M. Wiwen-Nilsson (Vice-Président de la Commission, Président du Groupe de travail I) (Suède)

*M. Wiwen-Nilsson (Suède), Vice-Président de la Commission, Président du Groupe de travail I (Passation de marchés) prend la parole.*

*La séance est ouverte à 15 h 15.*

**Finalisation et adoption d'un Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics** (*suite*) (A/CN.9/745 et A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.2, Add.7, Add.9, Add.10, Add.13, Add.15 et Add.18)

1. **Le Président** invite la Commission à reprendre l'examen du projet révisé de Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

2. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique) rappelle qu'une proposition avait été faite pour regrouper au moins les résumés analytiques de tous les chapitres du Guide dans les six langues afin de faciliter les travaux de la Commission. Compte tenu de la longueur redoutable de Guide, un tel document pourrait être utile pour les utilisateurs finals également, et il souhaiterait connaître l'avis du Secrétariat sur la question. Il est impératif de veiller à ce que le Guide soit facile d'utilisation.

3. **Mme Nicholas** (Secrétariat) dit que les résumés analytiques et la très brève description des objectifs figurant dans le préambule ont été groupés, mais en anglais uniquement. S'agissant de la longueur, en tant que document de référence visant trois groupes (législateurs, autorités chargées de la réglementation et organes centraux fournissant des conseils aux utilisateurs de la Loi type), le Guide n'est pas destiné à être lu en totalité par un groupe quelconque. En outre, le Groupe de travail l'a perçu principalement comme un document électronique auquel les lecteurs auraient accès rapidement et facilement, au besoin, comme une série de déclarations beaucoup plus courtes. La Commission pourrait examiner la question de savoir s'il convient ou non de fournir une version imprimée du Guide, une fois qu'elle aura terminé l'examen du texte.

*Préambule et chapitre premier de la Loi type (*suite*)*

4. **Le Président**, répondant à une question de **M. Fruhmann** (Autriche), confirme qu'une explication de la signification et du contexte historique de l'expression "juste, égal et équitable" sera ajoutée au document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.2, dans la section 4 du texte relatif au préambule.

5. **Mme Nicholas** (Secrétariat), répondant à une question de **M. Fruhmann** (Autriche), dit qu'il avait été décidé de ne pas inclure un glossaire dans le Guide, ce qui signifie qu'il n'y aura pas d'hyperliens vers un glossaire dans le texte. Les références au glossaire seront dûment révisées, et le Secrétariat pourra élaborer un glossaire informel à une date ultérieure.

6. **Le Président** rappelle au Secrétariat que le glossaire, comme aide à la compréhension uniquement, ne doit pas contenir de dispositions de fond. Il estime que, dans la mesure où il n'y a pas d'autres commentaires, la Commission approuve les changements au document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.2 proposés par le Groupe de travail, étant entendu qu'il devra contenir une discussion sur le terme "collusion", une explication de la signification et de l'histoire de

l'expression "juste, égal et équitable" et une révision des références au glossaire.

*Chapitre II, première partie*

7. **Le Président** déclare, en l'absence d'observations, qu'il considère que la Commission approuve les changements au document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.7 proposés par le Groupe de travail sur les dispositions de la Loi type en ce qui concerne les méthodes de passation des marchés.

*Chapitre IV*

8. **M^me^ Nicholas** (Secrétariat), se référant au document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.9 sur les dispositions de la Loi type sur les appels d'offres restreints et les demandes de devis, attire l'attention de la Commission sur le paragraphe 20, qui traite de l'objectivité dans la sélection des fournisseurs en cas de sollicitation directe. Le Groupe de travail est convenu de mentionner une autre méthode objective de sélection (rotation) et de préciser ce qu'il entend par "non-sélection en soi".

9. **Le Président** considère que la Commission approuve les changements au document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.7 proposés par le Groupe de travail.

*Chapitre V*

10. **M^me^ Nicholas** (Secrétariat) dit que le Groupe de travail est convenu de modifier le paragraphe 11 du document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.10 concernant les dispositions de la Loi type relatives aux méthodes d'appel d'offres impliquant des contacts entre une entité adjudicatrice et un fournisseur, pour indiquer que des cadres institutionnels et des garanties appropriés sont nécessaires dans le souci de dissiper les préoccupations des fournisseurs au sujet des risques élevés de corruption encourus en ce qui concerne les demandes de propositions avec dialogue.

11. **M. Grand d'Esnon** (France) est surpris de l'ajout proposé. Comme il a été dit à plusieurs reprises, il n'y avait aucune preuve que les demandes de propositions avec dialogue soient plus sujettes à corruption que d'autres méthodes du chapitre V. En tout état de cause, la délégation française est fermement opposée à l'utilisation du mot "corruption".

12. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique) dit que le terme "corruption" est insultant et discrédite de manière gratuite les demandes de propositions avec dialogue. Les problèmes avec cette méthode proviennent d'un manque d'expérience concernant sa mise en œuvre.

13. **M. Imbachi Cerón** (Colombie) indique que la réglementation colombienne ne comporte aucune disposition prévoyant de telles méthodes, tout simplement parce que la Colombie n'a pas assez d'expérience à ce sujet. Si la transparence peut être obtenue grâce à des procédures simples, dont, par exemple, les communications et les notifications électroniques, il n'y a alors aucune raison d'ignorer une méthode utile.

14. **M^me^ Miller** (Observatrice de la Banque mondiale) suggère de remplacer le terme "corruption" par celui de "manque de transparence". La Banque mondiale souhaite que la dernière phrase du paragraphe 11 soit retirée. L'affirmation selon laquelle certaines banques multilatérales de développement pourraient s'opposer à l'utilisation des demandes de propositions avec dialogue dans le cadre des projets qu'elles financent est tout simplement fausse.

15. **M. Grand d'Esnon** (France) soutient que la dernière phrase devrait être supprimée. S'agissant du libellé supplémentaire proposé par le Groupe de travail, la meilleure solution serait de ne pas ajouter cette phrase du tout.

16. **Le Président** considère que la Commission n'a pas l'intention d'adopter le changement proposé du paragraphe 11. Au paragraphe 12, qui fait référence à la "capacité à négocier", il estime que le terme "capacité" n'est peut-être pas le meilleur choix.

17. **M. Fruhmann** (Autriche) rappelle que, dans le cadre des négociations, le terme correct était "compétences".

18. **M^me^ Nicholas** (Secrétariat) dit que le Secrétariat devrait veiller à ce que le terme approprié soit utilisé dans l'intégralité de la Loi type. Elle note que le Groupe de travail a décidé de supprimer la dernière phrase du paragraphe 17, selon laquelle l'expérience des banques multilatérales de développement montre que la mise en place des cadres institutionnels et des garanties nécessaires concernant les méthodes de passation des marchés du chapitre V a été l'une des

réformes les plus difficiles à mettre en œuvre, étant donné que la phrase ne reflète pas le point de vue des banques.

19. **M^me^ Miller** (Observatrice de la Banque mondiale) et **M. Grand d'Esnon** (France) estiment que la phrase devrait être supprimée.

20. **M^me^ Nicholas** (Secrétariat) attire l'attention de la Commission sur la proposition du Groupe de travail d'inclure dans la note de bas de page 2 une discussion sur l'utilité d'un recours à des observateurs indépendants.

21. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique), **M. Grand d'Esnon** (France) et **M. Fruhmann** (Autriche) souscrivent à la proposition, à condition que le terme "responsable de la probité" ne soit pas utilisé dans la nouvelle note de bas de page.

22. **Le Président** considère que la Commission approuve les modifications qu'il est recommandé d'apporter au document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.10, à l'exception de l'ajout proposé au paragraphe 11 d'une référence à un risque élevé de corruption dans le cas des demandes de propositions avec dialogue. Il en déduit que le Secrétariat examinera le document pour s'assurer que le terme "capacité" est remplacé par un terme plus approprié, en tant que de besoin, et que la note de bas de page 2 n'utilise pas celui de "responsable de la probité".

*La séance est suspendue à 16 h 35; elle est reprise à 17 heures.*

*Chapitre VI*

23. **M^me^ Nicholas** (Secrétariat), dit, à propos du document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.13 sur les dispositions de la Loi type relatives aux enchères électroniques inversées, que le Groupe de travail a recommandé un certain nombre de modifications au paragraphe 12. Premièrement, le terme "permis" devrait être remplacé par celui de "nécessaire". Ensuite, le paragraphe devrait inclure une discussion sur les avantages possibles et les limites de l'exigence de garanties de soumission dans les enchères électroniques inversées. Il devrait également comporter un renvoi à l'article 17 relatif aux garanties de soumission. Revenant sur le texte proposé par le Groupe de travail, M^me^ Nicholas dit que le paragraphe devrait examiner la manière dont la combinaison de soumissionnaires et d'un marché dynamique, concurrentiel, offrant des produits assez standardisés et facilement disponibles peut rendre inutile les garanties de soumission et inciter l'entité adjudicatrice à faciliter la participation aux enchères en rendant les offres et les demandes attrayantes, plutôt que d'exiger la participation, ce qui tendrait à susciter des soumissions de mauvaise foi.

24. **M. Fruhmann** (Autriche) dit que le paragraphe 18 examine la manière dont la pratique courante de l'utilisation d'entités tierces pour organiser et administrer des enchères électroniques inversées pourrait conduire à une utilisation excessive de celles-ci et à des abus. Toutefois, le recours à des entités tierces pourraient offrir une certaine efficacité administrative, une réduction des coûts et des procédures plus efficaces. Le texte devrait donner des explications sur les deux faces d'une même médaille.

25. **M^me^ Nicholas** (Secrétariat) dit que le Secrétariat devrait réviser le paragraphe 18 afin de s'assurer qu'il présente une vue équilibrée.

26. **Le Président** considère que la Commission souhaite adopter les modifications approuvées par le Groupe de travail, telles que complétées par les explications fournies par le Secrétariat, étant entendu que le paragraphe 18 devrait être révisé afin de présenter une vision plus équilibrée du rôle des entités tierces.

*Chapitre VII*

27. **M^me^ Nicholas** (Secrétariat), répondant à une observation de **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique) en référence au paragraphe 6 du document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.15 sur les dispositions de la Loi type relatives aux accords-cadres, dit qu'il devrait être clair que les accords-cadres n'étaient pas nécessairement signés exclusivement avec des centrales d'achats.

28. **M. Fruhmann** (Autriche) fait observer que le paragraphe 6 ne dit pas que l'effet combiné du recours à des accords-cadres et à des outils électroniques pourrait rendre difficile pour les petites et moyennes entreprises, voire pour les grandes entreprises, la conclusion d'affaires avec les autorités d'un pays. Un exposé sur cet aspect potentiellement négatif devrait figurer dans le Guide.

29. **M^me^ Nicholas** (Secrétariat) dit que les deux questions liées à la mise en œuvre soulevées par les représentants de l'Autriche et des États-Unis devraient être incluses, mais peut-être dans un paragraphe autre que le paragraphe 6, qui était dans la section consacrée aux considérations de politique générale. Le Secrétariat examine attentivement le paragraphe afin de s'assurer qu'il ne traite pas de questions mieux traitées au titre de l'application et de l'utilisation.

30. Au paragraphe 8, le Groupe de travail ne propose que des modifications de forme: il remplace l'expression "la soumission la plus avantageuse ou la soumission au prix le plus bas, ou celle qui en tient lieu" par "la soumission à retenir", qui est plus claire et qui garantit la cohérence dans les différentes versions linguistiques du Guide.

31. Le Groupe de travail est convenu de réviser la deuxième phrase du paragraphe 30 et de souligner que la notion de durée maximale vise en particulier à éviter des prorogations répétitives et d'accords-cadres fermés, et qu'une durée maximale est censée englober la durée initiale et toute prorogation, à l'exclusion de celles pouvant découler de la suspension de l'application d'un accord-cadre.

32. **Le Président** considère que la Commission approuve les changements proposés au document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.15, ainsi qu'une clarification du recours à des accords d'achat avec des fournisseurs autres que les centrales d'achats et une discussion sur la possibilité d'exclure des sociétés des accords-cadres concernant des contrats passés avec l'État.

*Chapitre VIII*

33. **M^me^ Nicholas** (Secrétariat) dit que les changements proposés au document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.18 sur les dispositions de la Loi type concernant les procédures de contestation sont, pour l'essentiel, d'ordre rédactionnel. Le Secrétariat a été chargé de clarifier le libellé des paragraphes 14, 23 et 30, en standardisant les références à la compétence, au gaspillage de temps et aux coûts, et en remplaçant "litiges postcontractuels" par "litiges postérieurs à l'entrée en vigueur du marché" (par. 23). Aussi, dans l'avant-dernière phrase du paragraphe 23, "à compter de cette date" serait remplacé par "après l'entrée en vigueur du marché".

34. **Le Président** considère que la Commission approuve les changements au document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.18 proposés par le Groupe de travail. Ainsi, la Commission établit le document sous sa forme définitive et approuve les parties du projet de guide qui devraient être examinées en priorité.

*La séance est levée à 18 heures.*

## Finalisation et adoption d'un Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics (*suite*)

### Compte rendu analytique de la 945e séance tenue au Siège, à New York, le mardi 26 juin 2012, à 10 heures

[A/CN.9/SR.945]

*Président*: M. Sikirić (Croatie)

*Puis*: M. Wiwen-Nillson (Vice-Président)

*La séance est ouverte à 10 h 10.*

**Élection des membres du Bureau** (*suite*)

1. **Le Président** déclare que le Nigéria, au nom du Groupe des États africains, a nommé M. Mugasha (Ouganda) aux fonctions de Rapporteur de la Commission pour sa quarante-cinquième session.

2. *M. Mugasha (Ouganda) est élu Rapporteur par acclamation.*

3. *M. Wiwen-Nilsson (Suède), Vice-Président, assume la présidence.*

**Finalisation et adoption d'un Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics** (*suite*) (A/CN.9/745, A/CN.9/754 et Add.1 et 2, A/CN.9/WG.I/WP.79 et Add.1 à 19)

4. **Le Président** déclare que les documents A/CN.9/754 et Add.1 et 2, et A/CN.9/WG.I/WP.79 et Add.1 à 19 traitent de questions de politique connexes et présentent un commentaire article par article. À eux tous, ces documents forment le Guide. Il invite les membres de la Commission à les commenter.

*Document A/CN.9/754*

5. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique), notant que le paragraphe 10 fait état de "marchés liés à la sécurité", déclare qu'il ne se rappelle pas que ces termes aient été utilisés auparavant et se demande si ces termes désignent la même chose que l'expression "passation de marché mettant en jeu des informations classifiées", mentionnée au paragraphe 12. Il s'interroge aussi sur l'utilisation des mots "accessibles" et "mises à la disposition" au paragraphe 16, car il pensait que le Groupe de travail avait décidé qu'à l'avenir, il ne serait pas fait de distinction entre les deux.

6. **Mme Nicholas** (Secrétariat) déclare que les mots "passation de marché mettant en jeu des informations classifiées" ont un sens plus large que les mots "marchés liés à la sécurité". À l'issue de consultations d'experts, il a été décidé d'utiliser cette dernière expression pour désigner la passation de marchés impliquant des questions essentielles de sécurité ou de défense nationales. Quant à l'utilisation des mots "accessibles" et "mises à la disposition", le Groupe de travail avait effectivement décidé de cesser de faire une distinction entre eux dans le débat général. Toutefois, comme le paragraphe 16 avait pour objet d'expliquer les modifications apportées au texte de 1994, il y avait lieu d'y maintenir ces deux termes. D'ailleurs, tous deux étaient utilisés dans le texte de la Loi type elle-même, avec des significations différentes. Elle suggère que l'on utilise l'expression plus neutre "donner au public accès à […] textes juridiques" au lieu des termes "textes juridiques […] accessibles au public".

7. **M. Maradiaga** (Honduras) partage les préoccupations des États-Unis concernant les informations classifiées. Dans certains pays comme le sien, où les problèmes de corruption ne sont pas inconnus, la passation de marchés publics est exposée à des manipulations. Il est donc essentiel d'avoir un instrument juridique qui favorise la transparence en pareils cas. La notion d'informations classifiées ne doit pas se prêter au secret des manipulations.

8. **Mme Nicholas** (Secrétariat) précise que la section examinée du Guide n'a trait qu'aux modifications apportées au texte de 1994. Lors du long débat sur la nécessité d'assurer pleinement la transparence, il avait été souligné que certaines informations ne pourraient

être soustraites au public que si elles étaient juridiquement classifiées et pour aucune autre raison. On veillerait à bien insister sur l'importance de cette préoccupation.

9. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique) estime que le libellé de la deuxième phrase du paragraphe 35 n'est pas clair. Tout candidat à la présélection retenu serait apte à présenter une soumission.

10. **M^me^ Nicholas** (Secrétariat) souligne que le paragraphe 35 est conforme à l'article 25, paragraphe 3, de la Loi type de 2011, qui dispose que, sous réserve d'obligations légales, la partie du dossier d'appel d'offres se rapportant au processus de soumission devrait être mise à la disposition de tous ceux qui ont soumis une offre. Cette phrase avait pour but d'expliquer que cette disposition ne s'appliquait pas à ceux qui avaient été exclus au stade de la présélection. Elle admet qu'elle devrait être réécrite pour plus de clarté.

11. **M^me^ Miller** (Banque mondiale) dit que le paragraphe 24 du document A/CN.9/754/Add.l contient un énoncé plus complet de la base de la sélection que celui de la première phrase du paragraphe 57 du document discuté. Ce dernier pourrait utilement être aligné sur le premier. La note au bas du paragraphe 58 du document A/CN.9/754 n'est pas facile à comprendre: elle semble se référer au texte de 1994, à l'exception de la dernière phrase qui clarifie la terminologie actuellement utilisée dans le texte de 2011.

12. **M^me^ Nicholas** (Secrétariat) dit que les références au texte de 1994 seraient mises au passé afin d'éviter toute confusion.

*Document A/CN.9/754/Add.1*

13. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique) déclare que comme l'additif 1 n'a pas été soumis au Groupe de travail ou fait l'objet de consultations informelles, il serait judicieux d'en faire une seconde lecture minutieuse.

14. **Le Président** demande au Secrétariat d'entreprendre cette tâche.

*Document A/CN.9/754/Add.2*

15. **M. Ezeh** (Nigéria), notant que la déclaration au paragraphe 5 selon laquelle la condition énoncée en 1994 de solliciter des prix auprès d'au moins trois fournisseurs ou entrepreneurs "si possible" a été remplacée dans le texte de 2011 par une obligation absolue de solliciter des prix auprès d'au moins trois fournisseurs ou entrepreneurs, déclare qu'il devrait être stipulé que ces fournisseurs ou entrepreneurs devraient être sans liens les uns avec les autres.

16. **Le Président** dit qu'un libellé dans ce sens pourrait être inséré dans le Guide.

17. **M. Grand d'Esnon** (France) déclare que, bien qu'il comprenne la préoccupation exprimée par le représentant du Nigéria, il pourrait entrevoir des obstacles à l'inclusion de sa proposition. En outre, le fait que deux entreprises appartiennent au même groupe ne signifie pas qu'il leur soit interdit de se faire concurrence.

18. **Le Président** estime que l'on pourrait trouver les mots pour se prémunir du danger que toute relation n'entraîne une distorsion du jeu de la concurrence, ce qui serait à déterminer par l'entité adjudicatrice.

19. **M. Fruhmann** (Autriche) doute de la valeur d'un tel ajout. Il lui semble que l'inquiétude du Nigéria est déjà prise en compte par les principes directeurs de la Loi type.

20. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique), sensible à la préoccupation exprimée par le représentant du Nigéria, déclare néanmoins que ni la Loi type ni le Guide ne peuvent être réécrits. Il souligne la nécessité de poursuivre le débat sur les enchères électroniques inversées ou les cadres dont on croyait, dans certains milieux, qu'ils devraient remplacer les devis.

21. **Le Président**, notant que l'obligation de présenter un devis est une question plus large, déclare que l'on pourrait insérer une phrase qui, plutôt que de faire état d'une relation ou d'un lien entre entrepreneurs, devrait mettre en garde contre le risque qu'un soumissionnaire ne soit la société mère d'un autre.

22. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique) souligne que cette crainte a déjà été signalée par la référence, au paragraphe 35, au risque d'abus et de subjectivité dans la sélection des fournisseurs. Le texte pourrait être légèrement modifié de manière à répondre plus pleinement à cette crainte.

23. **M. Zhao** Yong (Chine) estime que ce qu'il faut éviter, c'est un conflit d'intérêts plutôt qu'une relation entre fournisseurs.

*La séance est suspendue à 10 h 55; elle est reprise à 11 h 30.*

*Document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.3*

24. **M^me^ Nicholas** (Secrétariat) dit que le Groupe de travail a suggéré de supprimer l'appel à garantir l'exactitude des textes publiés, dans la dernière phrase du paragraphe 29, car cette exigence était jugée trop rigoureuse, et estimait, d'une façon plus générale, que ce paragraphe devrait être révisé de manière à moins insister sur la distinction entre l'accessibilité et la disponibilité. À la lumière des discussions du Groupe de travail, la question sur laquelle insister est la promptitude de publication. Par ailleurs, comme il pourrait y avoir des différences dans la nature et l'auteur des informations à publier, la référence dans la partie du Guide révisé traitant de l'article 5 ne devrait pas être à l'auteur des textes mais à ceux qui les publient.

25. **M^me^ Leblanc** (Canada) a des doutes sur l'utilité de la dernière phrase du paragraphe 42 et, en particulier, sur la logique du choix, comme exemple, de la réglementation des communications.

26. **M^me^ Nicholas** (Secrétariat) déclare que d'après le Secrétariat, dans certaines juridictions, la sécurité des offres est règlementée séparément. Si la Commission estime que cette situation est l'exception plutôt que la règle, l'exemple pourrait être supprimé.

27. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique) demande des éclaircissements sur les deux dernières phrases du paragraphe 8. Ce n'est pas encore une règle acceptée à l'échelle internationale qu'une entité adjudicatrice d'un État agissant en qualité d'entité principale représente les entités adjudicatrices d'autres États.

28. **M^me^ Nicholas** (Secrétariat) rappelle que, comme il a été noté au paragraphe 17 a) de son rapport (A/CN.9/745), le Groupe de travail était convenu de supprimer ces deux dernières phrases.

29. **M. Imbachi Cerón** (Colombie) déclare que les sociétés internationales peuvent signer des contrats de stabilité juridique avec son gouvernement pour protéger leurs investissements contre les modifications apportées aux dispositions pertinentes de la loi. Il se demande si de tels contrats entrent dans le champ d'application de l'article 3 de la Loi type.

30. **M^me^ Nicholas** (Secrétariat) déclare que la souplesse du libellé de l'article 3 autorise des différences entre les divers systèmes fédéraux et constitutionnels et qu'il peut être adapté à des situations nationales particulières, au même titre que la Loi type dans son ensemble. Il n'est pas d'usage que la Commission ou le Groupe de travail fasse des commentaires détaillés sur des questions ne concernant qu'une juridiction et qui peuvent être traitées en adaptant la Loi type aux conditions locales.

31. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique) déclare que l'expression "politiques socioéconomiques" est généralement interprétée comme se référant à des politiques nationales et non pas à des obligations découlant de règles internationales. Il aimerait entendre le raisonnement selon lequel seraient incluses les "règles internationales, telles que les mesures de lutte contre le terrorisme ou les régimes de sanctions du Conseil de sécurité de l'ONU" dans la définition des "politiques socioéconomiques", comme il est indiqué dans la première phrase du paragraphe 9.

32. **M. Zhao** Yong (Chine) partage le point de vue selon lequel les mesures de lutte contre le terrorisme ou les régimes de sanctions du Conseil de sécurité de l'ONU ne constituent pas des politiques socioéconomiques, mais plutôt des obligations internationales et suggère de transférer cette phrase dans les commentaires sur l'article 3.

33. **M^me^ Nicholas** (Secrétariat) souligne que cette phrase a été discutée dans le contexte de l'article 8 de la Loi type, qui permet l'exclusion de fournisseurs de certaines nationalités. La définition [alinéa o)] des "politiques socioéconomiques" donnée à l'article 2 de la Loi type englobe toutes politiques de l'État dont l'entité adjudicatrice pourrait avoir à tenir compte dans la procédure de passation de marchés et s'étend à la situation moins courante où des restrictions sont imposées par des obligations ou des accords internationaux. La référence aux mesures et régimes du Conseil de sécurité des Nations Unies serait transférée du paragraphe 9 au commentaire sur l'article 3. En outre, les obligations imposées par ces mesures et régimes seraient citées dans le commentaire sur l'article 8 figurant dans le document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.4, ce qui indiquerait

clairement que les États jouissent de la souplesse voulue dans l'application de restrictions internationales.

34. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique) souligne que la dernière phrase du paragraphe 15 stipule que l'article 3 accorde "la primauté générale aux traités internationaux". Cette assertion est trop étroite, et il conviendrait d'ajouter une référence aux accords internationaux pour rester plus près des termes de l'article 3.

35. La deuxième phrase du paragraphe 24 est ambiguë et ne semble pas refléter l'intention de l'article 5 concernant la publication de textes juridiques, qui n'était pas d'exclure de la publication les décisions internes qui concernent un groupe ou une catégorie de sociétés. Il aimerait savoir si les mots "d'application générale" excluent tous les documents internes ou seulement ceux qui concernent certaines entités adjudicatrices ou groupes d'entités.

36. **Le Président** laisse entendre que les mots "documents internes" figurant dans cette phrase pourraient être remplacés par les mots "textes juridiques internes", conformément à l'expression utilisée au paragraphe 1 de l'article 5.

37. **M^me^ Nicholas** (Secrétariat) précise que le paragraphe 1 de l'article 5 ne visait pas à inclure les documents internes qui régissent la façon dont procède une entité adjudicatrice. Comme le commentaire présenté au paragraphe 24 ne peut expliquer utilement ce que signifient les mots "d'application générale" et "textes juridiques", on pourrait laisser à l'État le soin de déterminer comment l'article devrait être appliqué, compte tenu des circonstances nationales.

38. **M. Grand d'Esnon** (France) déclare que les contrats, lois, règlements et décisions sont tous des textes juridiques qui devraient être accessibles au public comme le sont les documents internes. La deuxième phrase du paragraphe 24 n'est pas claire et devrait être supprimée afin d'éviter toute confusion.

39. *Il en est ainsi décidé.*

40. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique), appuyé par **M. Grand d'Esnon** (France) et **M. Maradiaga** (Honduras), dit que les mots "et l'exercice de pressions" dans la quatrième phrase du paragraphe 39 devraient être supprimés car l'exercice de pressions est différent de la collusion.

41. *Il en est ainsi décidé.*

*Document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.4*

42. **M. Ezeh** (Nigéria), se référant aux critères utilisés pour évaluer les qualifications des fournisseurs et entrepreneurs, discutés au paragraphe 16, déclare que comme la préqualification ne devrait pas limiter la concurrence en excluant d'éventuels soumissionnaires, en particulier dans les appels à la concurrence internationale, il conviendrait de préciser que les entreprises étrangères ne sont pas soumises aux lois locales, y compris celles concernant la constitution de sociétés ou le respect des conditions de fiscalité et de sécurité.

43. **M^me^ Nicholas** (Secrétariat) souligne qu'un moyen d'apaiser la crainte exprimée par le représentant du Nigéria serait d'inclure certains des exemples qu'il a cités dans la dernière phrase du paragraphe 17 parmi les conditions inutiles qui exposent les fournisseurs étrangers à la discrimination.

44. **Le Président** estime toutefois qu'il faudrait veiller à ne pas décourager l'application légitime de la législation fiscale locale, mais seulement l'abus d'exigences qui viseraient à exclure les fournisseurs étrangers.

45. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique) estime que le Guide devrait expliquer ce que l'on entend par les expressions "qualifications fausses" ou "matériellement inexactes ou matériellement incomplètes" utilisées à l'article 9 de la Loi type.

46. **M^me^ Nicholas** (Secrétariat), se référant au paragraphe 18 f) du rapport du Groupe de travail (A/CN.9/745), déclare qu'il a été décidé qu'aucune explication significative ne peut non plus être donnée dans le contexte du Guide. Le Groupe de travail estime que le mot "substantiel" renvoie à un seuil et qu'il se réfère à des omissions ou à des inexactitudes qui pourraient compromettre l'intégrité de la concurrence dans les circonstances de la passation concernée. L'homogénéité doit être assurée dans la discussion du terme "substantiel" dans tout le Guide.

47. **M. Imbachi Cerón** (Colombie), appuyé par **M. Maradiaga** (Honduras), suggère que la seconde phrase du paragraphe 9 de la version espagnole soit révisée afin d'éviter l'idée que toute restriction dans la

participation de fournisseurs ou la procédure de passation de marchés restreint les échanges.

48. **Le Président** déclare que l'on pourrait amender le texte en remplaçant les mots "restreint les échanges" par les mots "pourrait restreindre les échanges".

49. **M. Grand d'Esnon** (France) estime que le fait de limiter le nombre de participants restreindrait logiquement les échanges, ce qui rend l'ajout du mot "pourrait" inutile. Par ailleurs, l'expression "peut contrevenir aux engagements" dans la version française pourrait s'interpréter comme autorisant la violation de ces engagements. Le mot "peut" devrait être remplacé par les mots "est susceptible de" dans la version française.

50. **M^me^ Nicholas** (Secrétariat) souligne que l'intention était d'attirer l'attention sur le fait qu'une telle restriction pourrait contrevenir aux engagements de libre-échange. Elle propose de remplacer les mots "restreint les échanges et peut contrevenir aux engagements" par les mots "peut contrevenir aux engagements de libre-échange".

51. **Le Président** dit que le paragraphe 9 stipule de façon inexacte le but du paragraphe 1 de l'article 8. Il n'indique pas de raisons qui pourraient être invoquées pour justifier de restreindre la participation. En fait, il n'autorise que des restrictions fondées sur la nationalité lorsque cela est prévu par des règlements nationaux.

52. **M. Bonilla Muñoz** (Mexique) déclare que sa délégation n'approuve pas la dernière modification proposée par le Secrétariat.

53. **M. Ezeh** (Nigéria) déclare que le libellé proposé par le Secrétariat répond correctement aux questions soulevées par sa délégation.

54. **Le Président** souligne que si la nationalité ne devrait pas être une raison de restreindre la participation à des procédures de passation de marchés, des règlements pourraient autoriser l'entité adjudicatrice à restreindre cette participation pour des raisons de nationalité. Toutefois, le fait que des règlements autorisent une telle restriction ne veut pas dire que la loi l'autorise, car d'autres obligations internationales pourraient elles-mêmes restreindre le droit de limiter la participation sur la base de la nationalité.

55. **M. Grand d'Esnon** (France) estime que la question de la préférence nationale devrait être énoncée clairement au paragraphe 9.

56. **M^me^ Nicholas** (Secrétariat) déclare que le paragraphe 9 sera réécrit de manière à donner une présentation descriptive de l'article 8, ce qui préparera le terrain pour les commentaires détaillés figurant dans les paragraphes suivants. Elle estime que le paragraphe devrait indiquer que l'article 8 a pour objet de permettre une participation pleine, sans restriction et internationale à la passation des marchés publics et devrait énoncer les situations limitées où la participation pourrait être restreinte. Des références seraient ajoutées au commentaire pertinent traitant des sanctions ou des mesures antiterroristes visées à l'article 3 et de la mise en œuvre des politiques socioéconomiques. La version révisée du paragraphe indiquerait en outre que toute restriction à la participation pourrait constituer une violation des engagements de libre-échange pris par les États en vertu d'instruments internationaux pertinents, et enfin, les paragraphes 1 et 2 fournissent des garanties procédurales lorsqu'une telle restriction est imposée.

57. *Il en est ainsi décidé.*

*Document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.5*

58. **M^me^ Nicholas** (Secrétariat) appelle l'attention sur le paragraphe 19 du rapport du Groupe de travail (A/CN.9/745), qui énonce les modifications proposées au document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.5 par le Groupe de travail. Celui-ci a demandé de réécrire sensiblement les paragraphes 21 et suivants, dont le libellé n'a pas encore été finalisé par le Secrétariat.

59. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique) demande quelles modifications ont été apportées au paragraphe 30 du document. Les petites et moyennes entreprises ne peuvent facilement assurer la garantie de leurs soumissions et cette obligation tend à les décourager de participer aux procédures de passation de marchés.

60. **Le Président** déclare que, conformément à la reformulation du paragraphe 30 demandée aux alinéas f) et j) du paragraphe 19 du rapport du Groupe de travail, le commentaire sera révisé afin d'assurer une présentation équilibrée.

*La séance est levée à 13 heures.*

# Finalisation et adoption d'un Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics (*suite*)

## Compte rendu analytique de la 946e séance tenue au Siège, à New York, le mardi 26 juin 2012, à 15 heures

[A/CN.9/SR.946]

*Président*: M. Wiwen-Nilsson (Vice-Président) (Suède)

*M. Wiwen-Nilsson (Suède), Vice-Président, assume la présidence.*

*La séance est ouverte à 15 h 10.*

**Finalisation et adoption d'un Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics** (*suite*) (A/CN.9/745, A/CN.9/754 et Add.1 et 2, A/CN.9/WG.I/WP.79 et Add.1 à 19)

*Document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.5*

1. **Mme Nicholas** (Secrétariat) appelle l'attention sur le paragraphe 19 du rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa vingt et unième session (A/CN.9/745). Ce paragraphe décrit les changements que le Groupe de travail est convenu d'apporter au document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.5. Le Secrétariat n'a pas encore achevé la refonte des paragraphes 21 et suivants, relatifs à l'article 16, demandée par le Groupe de travail.

2. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique) réaffirme le point de vue de sa délégation concernant le paragraphe 30 de l'additif 5, selon lequel l'obtention de garanties de soumission n'étant pas chose facile pour les petites et moyennes entreprises (PME), le fait d'exiger de telles garanties pourrait dissuader ces dernières de participer aux procédures de passation de marchés.

3. Le Groupe de travail a demandé que la première phrase du paragraphe 30 du projet de guide soit reformulée en des termes plus neutres afin qu'elle ne porte pas à croire que des garanties de soumission sont nécessaires ou recommandées pour certains types de marchés. Sa délégation ne croit pas que les garanties de soumission facilitent la participation des PME aux procédures de passation de marchés publics, mais admet que ces garanties peuvent rassurer les entités adjudicatrices quant aux qualifications et aux capacités des fournisseurs ou des entrepreneurs.

4. **Mme Nicholas** (Secrétariat) dit qu'à la lumière du débat du Groupe de travail sur les garanties de soumission, le Secrétariat croit comprendre que le Groupe de travail souhaite que le commentaire de l'article 17 de la Loi type soit équilibré et présente à la fois les avantages et les inconvénients des garanties de soumission. Pour ce qui est des PME, les références à ces avantages et inconvénients apparaissent entre parenthèses dans le texte du rapport du Groupe de travail et la Commission peut décider de les inclure ou non.

5. **Le Président** demande si, par conséquent, l'alinéa j) ne devrait pas être remanié afin d'en ôter toute référence aux PME.

6. **M. Fruhmann** (Autriche) insiste sur le fait qu'une explication plus équilibrée des avantages et inconvénients des garanties de soumission devrait être donnée dans le projet de guide.

7. **Mme Nicholas** (Secrétariat) attire de nouveau l'attention sur le paragraphe 30 de l'additif 5 et rappelle qu'à l'origine, le problème des garanties de soumission a été soulevé dans le cadre des enchères électroniques inversées. L'article 17 ne fait pas spécifiquement référence aux PME, mais l'alinéa j) expose les avantages et inconvénients potentiels pour ce type d'entreprises. Mme Nicholas attire également l'attention sur la dernière phrase du paragraphe 35 de l'additif 5, qui offre une conclusion sur le sujet. Elle se demande si la Commission pourrait s'en satisfaire.

8. **M. Grand d'Esnon** (France) déclare que si une majorité des membres du Groupe de travail s'est prononcée en faveur d'une disposition exigeant des garanties de soumission, certains pays, dont le sien, s'y sont opposés. Le Secrétariat devrait donc reformuler la première phrase du paragraphe 30 en des termes plus neutres ou plus objectifs.

9. **Le Président** dit que le paragraphe 19 j) semble refléter de manière équilibrée le débat sur les avantages et les inconvénients des garanties de soumission. Il émet cependant des réserves quant à l'emploi du terme "États" et pense qu'il serait plus adéquat de parler de "situations". Il prie le

représentant français de clarifier son objection concernant le paragraphe 19 j).

10. **M. Grand d'Esnon** (France) précise qu'il déplore que le texte donne l'impression que le fait d'exiger des garanties de soumission puisse être favorable aux PME. De plus, le texte suggère que les garanties de soumission constituent la norme. La Commission ne devrait pas entrer dans le détail des avantages et des inconvénients de ces garanties pour les PME, mais le texte devrait mentionner qu'il en existe.

11. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique) affirme que la formulation du paragraphe 19 j) suggère que les garanties de soumission sont avantageuses dans certains États et pénalisantes dans d'autres. Un équilibre pourrait être atteint en précisant clairement que, dans tous les États, les garanties de soumission présentent à la fois des avantages et des inconvénients.

12. **Le Président**, rappelant que les effets des garanties de soumission ne sont pas limités aux seules PME, suggère de supprimer les références faites aux PME et aux États. Il croit comprendre que la Commission accepte sa suggestion et laisse au Secrétariat le soin d'effectuer les modifications nécessaires.

13. *Il en est ainsi décidé.*

14. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique), se référant au paragraphe 41 de l'additif 5, déclare que sa délégation juge que la première phrase, qui énumère une liste de facteurs, est trop compliquée. Il dit ne pas se souvenir que le Groupe de travail ait débattu de la question complexe des facteurs géographiques, notamment dans le cadre de la procédure de préqualification. Il suggère de simplifier la phrase en question.

15. **M^me^ Nicholas** (Secrétariat) dit que le paragraphe 41 doit être lu à la lumière du paragraphe qui le précède. Le paragraphe 40 introduit la question de la publication de l'invitation à l'échelle internationale et le paragraphe 41 expose les types de facteurs à évaluer. Ces facteurs étant complexes, le texte l'est aussi.

16. **Le Président**, appelant l'attention sur l'article 33-4 de la Loi type, suggère que le paragraphe 41 ne soit pas modifié. Il s'agit d'une simple explication de la Loi type, et n'y ajoute rien.

17. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique) se déclare prêt à accepter la suggestion du Président.

*Document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.6*

18. **M^me^ Leblanc** (Canada) affirme que l'emploi du terme "justifier" au paragraphe 6 de l'additif est inapproprié.

19. **M. Grand d'Esnon** (France) partage l'avis du Canada et ajoute que le mot "justification", au paragraphe 7, devrait également être modifié.

20. **Le Président** convient que le verbe "justifier" ne reflète pas les conclusions des discussions qui ont eu lieu.

21. **M^me^ Leblanc** (Canada) suggère de reformuler la deuxième phrase du paragraphe 6 comme suit: "La demande doit inviter le fournisseur ou l'entrepreneur à expliciter les critères en fonction desquels le prix a été fixé et de fournir tout détail supplémentaire dont l'entité adjudicatrice pourrait avoir besoin pour déterminer si le fournisseur ou l'entrepreneur sera capable d'exécuter le marché pour le prix indiqué."

22. **Le Président** s'interroge sur cette formulation, qu'il juge excessive.

23. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique), rejoignant l'opinion du Président, dit que cette question est déjà abordée au paragraphe 7. On s'était inquiété du fait que les enchères électroniques inversées fassent baisser les prix de manière excessive. Il serait cependant exagéré de demander au fournisseur ou à l'entrepreneur de dévoiler les critères qu'il a utilisés pour fixer son prix, puisqu'il s'agit d'une information confidentielle. À moins d'être modéré, l'amendement proposé par le Canada devrait donc être rejeté.

24. **Le Président**, attirant l'attention sur le paragraphe 20 du rapport du Groupe de travail, qui traite de la question des prix, dit que le Secrétariat pourrait reformuler le paragraphe 6 à la lumière des alinéas b), c) et d) du paragraphe 20.

25. **M^me^ Leblanc** (Canada) déclare que sa délégation donne son accord de principe à l'opinion défendue par les États-Unis d'Amérique et par le Président, et laisse le soin au Secrétariat d'améliorer la formulation du paragraphe 6.

26. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique) demande que l'adjectif "exhaustive" soit supprimé du paragraphe 14. Les motifs pour lesquels un fournisseur ou un entrepreneur doit obligatoirement être exclu de la procédure de passation de marchés, hors motifs relatifs à la qualification ou au contenu de la soumission, sont susceptibles d'évoluer avec le temps et il serait impossible d'en dresser une liste exhaustive.

27. **M. Fruhmann** (Autriche) affirme que compte tenu du titre de l'article 21, la formulation du paragraphe 14 ne devrait pas être modifiée.

28. **Le Président** suggère qu'il serait préférable d'écrire "contient une liste des motifs".

29. **M. Grand d'Esnon** (France) dit comprendre les préoccupations de la délégation des États-Unis et propose de remplacer "exhaustive" par "complète" ou "fermée".

30. **Le Président** prend acte que la suppression du terme "exhaustive" fait l'unanimité et déclare que le Secrétariat trouvera une formulation plus satisfaisante, du type "les motifs" ou encore "les seuls motifs".

31. **M^me^ Leblanc** (Canada), faisant référence au paragraphe 18, fait remarquer que bien que le Groupe de travail ait débattu des définitions des termes "avantage concurrentiel injuste" et "conflit d'intérêts", le texte ne semble pas offrir davantage de précisions. Selon elle, chaque État devrait être laissé libre de définir ces termes en vertu de sa propre législation nationale et il n'est pas nécessaire d'inclure leur définition dans le texte du Guide.

32. **M. Imbachi Cerón** (Colombie) convient que les définitions des termes mentionnés par la représentante du Canada ne doivent pas figurer dans le Guide et qu'il revient aux autorités compétentes de chaque pays d'en établir le sens. Il ajoute que l'avantage concurrentiel injuste est caractérisé par de multiples facteurs, parmi lesquels la supériorité technique ou économique.

33. **Le Président** demande à la représentante du Canada si elle a pris en compte le paragraphe 20 du rapport du Groupe de travail, et notamment la note 6, qui fournit une définition relativement détaillée des deux termes.

34. **M^me^ Leblanc** (Canada) répond qu'elle tient simplement à ce que les choses soient claires, mais que sa délégation est favorable à ce qu'aucune définition ne soit donnée. Elle veut s'assurer que l'avis de sa délégation sera pris en compte dans la version finale du Guide.

35. **M^me^ Nicholas** (Secrétariat) déclare que la Commission est libre de décider qu'aucun des deux termes ne soit défini dans la Loi type. La justice de certains pays sera peut-être amenée à interpréter ces termes au cas par cas. Les débats du Groupe de travail peuvent cependant éclairer les pays désireux de définir ces termes dans leur propre législation.

36. **Le Président** déclare que le paragraphe 20 g) du rapport du Groupe de travail semble refléter le consensus de manière satisfaisante.

37. **M^me^ Miller** (Banque mondiale) demande qu'au paragraphe 48, l'hyperlien vers le système d'exclusion de la Banque mondiale soit supprimé puisqu'il ne correspond nullement à la question traitée dans le paragraphe, en l'occurrence le retour d'information.

38. **Le Président** répond que le Secrétariat accédera à la demande de la Banque mondiale.

39. **M. Mugasha** (Ouganda) demande ce qu'il adviendra des notes de bas de page des additifs, notamment de la note 4 de l'additif 6.

40. **Le Président** répond que toutes les notes de bas de page seront éliminées du document final et que leur contenu sera intégré au corps du texte du Guide.

*Document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.8*

41. **M. Fruhmann** (Autriche) explique que la formulation du paragraphe 6 peut prêter à confusion, puisque le paragraphe renvoie à l'article 28-1 alors que l'additif fait, lui, référence à des articles postérieurs. Il demande comment le texte final sera présenté, dans le souci de faciliter la compréhension du lecteur.

42. **M^me^ Nicholas** (Secrétariat) dit que le Groupe de travail a demandé au Secrétariat de regrouper les commentaires par méthode de passation de marchés, ce qui explique la présentation de l'additif 8. Il serait peut-être plus clair de reformuler le titre précédant le paragraphe 6 comme suit: "Introduction à l'appel d'offres ouvert".

43. **Le Président** juge qu'il serait plus logique de modifier l'ordre du paragraphe 6 afin qu'il commence par préciser que l'appel d'offres ouvert n'est soumis à aucune condition. Il suggère que le Secrétariat soit chargé de veiller à ce que la formulation et la mise en page finales soient claires.

44. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique) indique qu'au paragraphe 11, la dernière phrase entre parenthèses, "la conséquence étant que les fournisseurs ou entrepreneurs non autorisés à participer à la procédure ne pourront obtenir le dossier de sollicitation", pose un problème à sa délégation. Il estime que ces fournisseurs et entrepreneurs doivent pouvoir obtenir un dossier de sollicitation et que les termes "ne pourront" sont excessifs.

45. **Le Président** convient que les fournisseurs et entrepreneurs exclus de la procédure de passation doivent pouvoir se procurer les dossiers sur demande.

46. **M. Grand d'Esnon** (France) signale que dans de nombreux pays, y compris la France, les dossiers de sollicitation ne sont distribués qu'aux candidats retenus et ne sont pas rendus publics. Il ajoute que cela devrait apparaitre dans le texte, peut-être au moyen d'une meilleure formulation.

47. **Le Président** affirme que le Secrétariat veillera à ce que le texte trouve l'équilibre nécessaire et mentionne le fait qu'en vertu de l'article 38, les fournisseurs et entrepreneurs non autorisés à participer à la procédure sont en droit de demander un dossier de sollicitation.

48. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique) déclare que sa délégation estime que l'antépénultième phrase du paragraphe 24 peut induire le lecteur en erreur. Une fois l'appel d'offres reçu, la soumission des appels d'offres ne se fait pas au risque des fournisseurs ou des entrepreneurs, mais à celui de l'entité adjudicatrice.

49. **M^me^ Nicholas** (Secrétariat) indique que le texte sera remanié afin qu'il apparaisse clairement que l'on parle ici des cas où l'offre échoue avant même que l'entité adjudicatrice n'ait reçu l'appel d'offres.

50. **Le Président** croit comprendre que la solution proposée est jugée acceptable.

*Document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.10*

51. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique) se félicite que l'introduction contienne des renvois à des articles de la Loi type, en plus des renvois aux chapitres. Il ajoute qu'il serait bon que la même approche soit utilisée tout au long du projet de guide, afin d'en faciliter la lecture.

52. **Le Président** dit que le Secrétariat donnera suite à la suggestion faite par les États-Unis.

*Document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.13*

53. **M. Zhao** Yong (Chine) demande pourquoi la définition des termes "services" et "travaux" a été supprimée du projet de guide. Selon lui, cela rend l'additif 13 peu clair.

54. **M^me^ Nicholas** (Secrétariat) rappelle que le Groupe de travail et la Commission ont décidé, lors de la révision de la Loi type, qu'il n'était pas nécessaire de distinguer les marchés de biens des marchés de services ou de travaux. C'est pourquoi l'expression "objet du marché" est utilisée dans tout le texte de la Loi type, même si le projet de guide fait référence aux biens, aux travaux ou aux services lorsque cela est approprié ou nécessaire. Le Groupe de travail a exclu de manière explicite de définir les termes "services" et "travaux" dans le cas spécifique des enchères électroniques inversées, lesquelles font l'objet de l'additif 13. Elle ajoute que le paragraphe 4 de l'additif 3 contient la définition de l'expression "objet du marché" et celle des biens, des travaux et des services, même s'il s'agit de celles qui figurent dans la Loi type de 1994.

*Document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.14*

55. **M. Zhao** Yong (Chine) indique que, de manière générale, la traduction chinoise du projet de guide manque de précision et attire l'attention sur une erreur particulièrement grave: dans l'additif 14, "enchères électroniques inversées" a été traduit par le mot chinois signifiant "enchères". Il s'agit bien sûr de concepts sensiblement différents et l'erreur pourrait entraîner une certaine confusion lors de la rédaction des contrats en Chine.

56. **Le Président** dit que le Secrétariat a pris bonne note du point soulevé par le représentant chinois.

57. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique), rappelant que des problèmes ont déjà eu lieu par le passé concernant la traduction et l'interprétation, demande si les délégations pourraient s'attacher les services de linguistes afin d'éviter les traductions erronées à l'avenir.

58. **M^me^ Nicholas** (Secrétariat) affirme que le Secrétariat coopère étroitement avec les services de traduction en ce qui concerne la terminologie et que les traducteurs sont toujours ouverts aux commentaires constructifs de la part des délégués.

*Document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.16*

59. **M. Fruhmann** (Autriche) demande au Secrétariat si le projet de guide mentionne, à l'additif 16 ou ailleurs, que l'entité adjudicatrice n'a nullement l'obligation d'utiliser un accord-cadre en cas de risque de collusion.

60. **M^me^ Nicholas** (Secrétariat) confirme que c'est le cas et s'engage à en indiquer la référence ultérieurement.

61. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique), se référant à la note 2, demande à ce que le paragraphe 10 d) du rapport du Groupe de travail, auquel il renvoie, soit clarifié.

62. **M^me^ Nicholas** (Secrétariat) rappelle qu'à l'issue d'un long débat, le Groupe de travail avait décidé que les entités adjudicatrices ne seraient pas juridiquement tenues de fixer un nombre minimum de parties à un

accord-cadre dès le début de la procédure. Les entités adjudicatrices devraient en fait être encouragées, dès le début de la procédure, à déterminer si, compte tenu de la nature du marché, il est utile de fixer un nombre minimum de parties au contrat-cadre. Dans le cas où l'entité adjudicatrice estimerait qu'il n'est pas possible de fixer un nombre minimum de parties, elle devrait préciser, dans le dossier de sollicitation, les mesures qu'elle compte prendre, comme de conclure le contrat avec un nombre plus restreint de fournisseurs.

63. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique), rappelant que l'article 15 n'exige pas de nombre minimum de parties pour la signature d'un contrat-cadre, affirme qu'il est important d'encourager les meilleures pratiques et que la désignation d'un nombre minimum en est une. Cependant, il estime qu'il serait délétère d'autoriser explicitement les entités adjudicatrices à conclure des accords-cadres avec un nombre de fournisseurs inférieur au minimum fixé.

64. **M^me^ Nicholas** (Secrétariat) rappelle à la Commission que le Groupe de travail a décidé d'autoriser les entités adjudicatrices à conclure des accords-cadres avec un nombre de fournisseurs plus restreint, mais indique que la Commission est libre d'amender le texte si cela est souhaité.

65. **M. Grand d'Esnon** (France) estime que la question a déjà fait l'objet d'un débat approfondi, qu'il est inutile de relancer. Dans les cas où l'entité adjudicatrice considère qu'il est possible que le nombre minimum de parties fixé ne puisse pas être atteint, l'accord doit pouvoir être conclu avec un nombre inférieur de fournisseurs afin d'éviter une option encore plus dommageable: l'annulation du marché.

66. **M. Fruhmann** (Autriche) dit que la formulation actuelle encourage, si ce n'est la meilleure pratique, du moins la deuxième meilleure. Il partage l'opinion du représentant français selon laquelle il serait regrettable qu'une passation de marché soit annulée parce que, par exemple, seules deux parties (au lieu de trois) ont pu être trouvées.

67. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique) déclare qu'il n'avait pas l'intention de relancer le débat et se dit disposé, à la lumière des dernières discussions, à se satisfaire de la version actuelle.

*Document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.19*

68. **M^me^ Nicholas** (Secrétariat) rappelle que, dans son rapport, le Groupe de travail a demandé au Secrétariat de veiller à ce que la terminologie soit cohérente dans l'ensemble du Guide et à ce que les expressions prescriptives soient remplacées par un exposé des principales questions soulevées et des mesures pouvant être prises pour y répondre. Elle assure la Commission que cette demande sera pleinement satisfaite.

*Conclusions*

69. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique) déclare que dans les conclusions de son rapport, le Groupe de travail a noté que le Guide ne comporterait pas de glossaire, mais que le Secrétariat établirait un document similaire en temps voulu. Compte tenu de l'importance de constituer des glossaires (ou documents similaires) précis, et de la dissolution prévue du Groupe de travail, il demande comment le Secrétariat compte produire un tel document et selon quelles modalités ce document pourra être examiné régulièrement.

70. **M^me^ Nicholas** (Secrétariat) rappelle qu'il a été convenu, par le Groupe de travail comme lors de consultations intersessions, qu'il serait trop compliqué d'annexer un glossaire propre au projet de guide pour l'incorporation et qu'un document explicatif informel, potentiellement sous la forme d'un commentaire détaillé, serait produit par le Secrétariat en temps voulu, sur la base des délibérations du Groupe de travail. Conformément à ce qu'indique le rapport du Groupe de travail, tous les autres documents destinés à faciliter l'incorporation et l'utilisation de la Loi type seront examinés régulièrement et les éventuelles modifications à apporter seront présentées de manière informelle à la Commission en temps opportun.

*La séance est levée à 17 h 45.*

## Travaux futurs dans le domaine de la passation de marchés et dans les domaines connexes

### Compte rendu analytique de la 947e séance tenue au Siège, à New York, le mercredi 27 juin 2012, à 10 heures

[A/CN.9/SR.947]

*Président*: M. Wiwen-Nilsson (Vice-Président) (Suède)

*M. Wiwen-Nilsson (Vice-président) (Suède) assume la présidence.*

*La séance est ouverte à 10 h 20.*

**Travaux futurs dans le domaine de la passation de marchés et dans les domaines connexes** (A/CN.9/745 et A/CN.9/755)

1. **Mme Nicholas** (Secrétariat), Secrétaire du Groupe de travail I, présente la note rédigée par le Secrétariat (A/CN.9/755), qui contient une description de cinq domaines suggérés pour d'éventuels travaux futurs, identifiés lors de la réunion d'avril 2012 du Groupe de travail. Ces cinq domaines ont été également décrits dans le rapport du Groupe de travail (A/CN.9/745, par. 38 à 41).

2. Le premier domaine suggéré a trait aux marchés publics et aux aspects ou phases du cycle de passation de marchés non traités par la Loi type. Les phases du cycle de passation de marchés comprennent la planification de la passation de marchés, la sélection de fournisseurs et l'administration des marchés. Comme l'indique clairement le Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type sur la passation des marchés publics, la Loi type ne couvre que la phase de sélection et que quelques aspects très limités de la phase de planification; elle ne couvre pas les conditions ni l'administration ou la gestion des marchés. Le Groupe de travail avait souvent fait remarquer que les phases de la passation de marchés non couvertes par la Loi type étaient très importantes. Toutefois, les débats se sont concentrés sur la difficulté de traiter ces phases par des règlements ou des lois.

3. Le deuxième domaine a trait à l'harmonisation des dispositions régissant la sélection des concessionnaires en vertu du Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé et des dispositions pertinentes concernant les méthodes de passation de marchés de la Loi type. La méthode dénommée "Demande de propositions avec dialogue" présente de nombreuses caractéristiques semblables à celles de la sélection du concessionnaire prévues en vertu du Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé.

4. Le troisième sujet est technique, à savoir le regroupement du Guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé et des dispositions législatives types, qui font actuellement l'objet de deux documents distincts.

5. Le quatrième thème, ambitieux dans sa portée, est la question des autres sujets qui devraient être traités dans un texte moderne sur les projets d'infrastructure à financement privé, notamment des questions de la supervision et de la promotion des mesures de résolution des litiges internes.

6. Enfin, il y a le champ d'application de l'approche du financement privé par la Commission. Il s'est produit des changements importants ces dernières années en ce qui concerne le financement privé, qui réside à présent dans la prestation de services de l'État par des moyens imprévus. Par ailleurs, certaines concessions et transactions sont exclues du champ d'application du Guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé. C'est pourquoi il a été demandé à la Commission d'examiner s'il conviendrait d'adopter une approche plus globale du financement privé du développement des infrastructures et des transactions correspondantes.

7. Sous le titre "Autres questions", la Commission pourrait envisager de faire des recommandations sur les moyens d'appuyer la Loi type et le Guide.

8. Le premier sous-thème du premier domaine avait trait à la gestion et l'administration des marchés, qui n'étaient pas couverts par la Loi type. La Convention des Nations Unies contre la corruption exigeait un contrôle interne et la gestion des risques, qui débordaient le cadre de la sélection d'un fournisseur dans la mesure où ils avaient aussi un impact sur

l'administration des marchés. L'objectif visé était clairement l'efficacité des marchés, et pour les projets plus complexes, il pourrait être nécessaire d'adopter une saine approche de la gestion des projets couvrant les variations, les retards de paiement et les moyens de traiter les litiges dans la passation de marchés pertinents. Ces questions n'étaient simplement pas traitées dans la Loi type, encore qu'elles aient retenu une certaine attention dans le Guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé. Pour la Commission, le problème était donc de savoir dans quelle mesure ces questions pourraient être régies par un instrument législatif. La Commission pourrait également examiner dans quelle mesure l'administration et la gestion des marchés exigeaient la définition des conditions du marché parce que l'une des questions qui se posait était de savoir dans quelle mesure certains éléments des marchés pourraient être modifiés par l'application de conditions et de modalités différentes. Le commentaire indiquait que le cycle de la passation des marchés ne s'arrêtait pas à l'achèvement du marché mais, éventuellement, lorsque les actifs pertinents avaient été écoulés. Certaines lois sur la passation des marchés, notamment en Afrique, traitaient de l'écoulement des actifs mais, comme la Loi type n'en parlait pas, il a été demandé à la Commission d'examiner si elle souhaitait ou non se charger de cette question.

9. En ce qui concerne la planification de la passation des marchés, Transparency International et le Groupe de travail ont noté que, de même que le cycle de la passation des marchés et l'administration des marchés, la planification des marchés est particulièrement exposée au risque d'abus. La Loi type traite de certains aspects de cette planification, comme la rédaction des spécifications, mais dans l'ensemble, les questions de l'établissement du budget des travaux et marchés futurs ne sont pas abordées. L'absence de réglementation de ces questions fait peser certains risques. La principale question est de savoir si une loi sur la passation des marchés serait ou non le moyen approprié de traiter des aspects de la planification des marchés qui ne sont pas couverts par la Loi type.

10. Un autre sous-thème a trait à la suspension et l'exclusion. L'article 21 de la Loi type prévoit l'exclusion des procédures de passation de marchés, mais n'envisage pas l'exclusion pour une période indéfinie ou de tous les marchés publics. Les paragraphes 13 à 18 de la note du Secrétariat (A/CN.9/755) donnent une description détaillée des divers systèmes d'exclusion; dans ses travaux futurs, la Commission pourrait songer à traiter ces questions comme garanties d'une procédure régulière; à veiller à la cohérence dans son application; à assurer la proportionnalité et l'équité; à déterminer si l'exclusion devrait être obligatoire ou discrétionnaire et à tenir compte des risques d'une exclusion discrétionnaire; de la transparence; des délais; et de ce qui est connu au sein de l'Union européenne comme la procédure de "self-cleaning", selon laquelle le fournisseur jugé coupable d'une irrégularité donne une explication de sa conduite et une description des mesures qu'il a prises pour éviter qu'elle ne se répète, afin d'être retiré éventuellement de la liste noire.

11. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique) déclare que la Commission donne le meilleur d'elle-même quand elle travaille sur les questions législatives. La Commission a déjà travaillé dans le domaine de l'administration des marchés; avant de traiter de la passation des marchés, elle s'était d'abord penchée sur le Guide juridique pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles, qui traitait des contrats et de leurs aspects administratifs. La Fédération internationale des ingénieurs-conseils s'appuie sur des documents qui donnent des informations sur la façon d'administrer les marchés. Si la Commission veut se pencher sur cette question, elle doit donc, pour le moins, tenir compte des travaux de la Fédération.

12. En ce qui concerne la gestion des projets, il s'agit d'une question en grande partie technique, de meilleures pratiques et de formation. M. Wallace reconnaît que la planification pose un problème; nombre de pays se trouvent à court d'argent au milieu de l'année budgétaire, ce qui rend furieux les fournisseurs qui ont transporté des équipements sur le site. La Commission devrait avoir traité de la question de la suspension et de l'exclusion avant d'aborder certaines questions telles que l'inscription sur des listes noires, mais il est à présent trop tard pour faire machine arrière.

13. **M Fruhmann** (Autriche) estime, comme le représentant des États-Unis, que l'administration des marchés est essentiellement une question de meilleures pratiques, et non pas une question juridique. La façon de gérer les marchés n'est pas du ressort de la Commission. Les questions de durabilité et d'environnement sont intéressantes, mais il est trop tard pour en parler car le Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type sur la passation des marchés publics et la Loi type laissaient le soin de traiter de ces questions aux États. Ces questions pourraient faire l'objet d'une note de synthèse sur les

meilleures pratiques mais ne devraient pas faire partie des principaux thèmes de la Commission.

14. **M. Ezeh** (Nigéria) souligne que le choix des prestataires de services dépend de la qualité de la planification de la passation des marchés. C'est pourquoi il importe que la Commission envisage d'intégrer les rudiments de cette planification dans sa Loi type. Il ne pense pas que cela soit la même chose que l'administration des marchés qui, comme l'a souligné le représentant des États-Unis, reste en dehors des compétences essentielles de la Commission. Un travail de planification des marchés est nécessaire, surtout dans les économies en développement, où la corruption pourrait commencer à ce niveau, et pourrait chercher à incorporer des détails dans les guides de la Loi elle-même.

15. **M. Grand d'Esnon** (France) dit qu'une loi type sur les partenariats entre secteurs public et privé (PPP) serait logique pour la simple raison que ce type d'arrangement est relativement nouveau et se répand dans le monde; dans beaucoup de pays, les investissements se présentent sous la forme de PPP sans disposer d'un cadre juridique pour guider les passations de marchés, ce qui compromet toute protection juridique tant pour les pouvoirs publics que pour les soumissionnaires. Il serait donc logique que pour de tels marchés qui nécessitent un préfinancement privé, la Commission procède de la même manière que pour les marchés publics. L'Union européenne est en train d'élaborer une directive sur les concessions qui devrait couvrir les PPP. Il serait bon que la Commission attende l'achèvement de ces travaux, prévu vers la fin de 2013, avant de se pencher sur cette question.

16. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique), à propos des commentaires du représentant du Nigéria, estime qu'il est trop tard pour travailler sur une loi type mais qu'il y a d'autres moyens d'avancer. Par exemple, le Secrétariat pourrait préparer des notes sur certains sujets particuliers, qui seraient présentées sur le site Web de la CNUDCI afin de susciter des réactions des lecteurs et pourraient déboucher sur des travaux complémentaires sur une loi, un guide ou des règlements. En ce qui concerne les questions de budget et de planification, mentionnées par le représentant du Nigéria, si le Secrétariat en avait la possibilité, la rédaction d'un document sur ces questions serait la bienvenue. La Commission pourrait travailler avec d'autres institutions, telles que les banques régionales ou le Vale Center, pour rédiger des documents sur de telles questions afin d'alimenter le débat. Il importe donc que la Commission se montre réaliste et ne revienne pas sur la Loi type elle-même.

17. **M. Bonilla Muñoz** (Mexique) souligne que les travaux futurs ne devront pas ne pas faire cas des travaux effectués par d'autres groupes. Les progrès technologiques et les normes techniques se rapportant aux questions commerciales influent directement sur les passations de marchés. Il serait utile d'alimenter un débat sur cette question sur un blog afin de se faire clairement une idée de la situation dans les domaines touchant à la passation des marchés. Il serait bon également de savoir quand il conviendrait que des experts préparent une note de synthèse en vue d'une prochaine réunion.

18. **M. Imbachi Cerón** (Colombie) déclare que son gouvernement s'intéresse vivement aux questions de passation de marchés et a toujours tenu compte des propositions de la Commission, notamment des lois types, lors de l'établissement de règlements nationaux. La Colombie et d'autres pays d'Amérique latine où la passation des marchés n'est pas centralisée et peut avoir lieu au niveau régional se sont heurtés à des problèmes de collusion lors de la passation de marchés publics et d'appels d'offres. Les petites et moyennes entreprises se heurtent à des obstacles dans leur participation aux processus d'achats publics parce que les grandes entreprises contrôlent le marché et se partagent les contrats offerts. Les études consacrées jusqu'ici à la question de la collusion ont porté exclusivement sur la prévention. Il est vrai que la Loi type de 2011 et le Guide correspondant traitent de cette question du point de vue des autorités publiques, mais il serait bon de consacrer une étude aux façons dont les entreprises et les entités chargées des achats pourraient éviter les problèmes liés à la libre concurrence. Les pays qui ont à faire face à de tels problèmes souhaiteraient bénéficier de l'aide de la Commission dans ce domaine.

19. **M^me^ Nicholas** (Secrétariat) déclare qu'en ce qui concerne le respect des règles par les entreprises, la Loi type réglemente les actions du gouvernement et de l'organisme chargé de la passation des marchés. Toutefois, pour les fournisseurs, elle se limite aux sanctions qui pourraient leur être imposées en vertu de l'article 21. Il a été suggéré au Groupe de travail qu'il y avait de plus en plus de voix en faveur du traitement du comportement des fournisseurs au moyen de règles sur l'application des règlements par les entreprises. En particulier, dans certaines régions du monde, des voix se sont élevées pour encourager les fournisseurs et les entreprises à revoir leurs propres procédures en raison

du risque de poursuites en cas d'anomalies. Jusqu'ici, le Groupe de travail n'a pas jugé opportun d'étendre ainsi le champ d'application de la Loi type parce que cela nécessiterait une approche beaucoup plus complète du comportement des fournisseurs. En revanche, si la Commission estime que la suspension et l'exclusion sont des thèmes dont elle aimerait se saisir, elle pourrait alors s'intéresser au comportement des fournisseurs.

20. Sous le titre de questions de durabilité et d'environnement, il a été proposé que le préambule de la Loi type mentionne la durabilité comme un objectif souhaitable de la passation de marchés, mais le Groupe de travail a rejeté cette proposition. Néanmoins, les questions de durabilité et d'environnement prennent une importance croissante et la Loi type est extrêmement souple à cet égard. Le Groupe de travail a conçu les dispositions relatives aux qualifications des fournisseurs de manière à permettre de tenir compte des questions d'environnement et de durabilité lors de leur sélection. Il est donc demandé à la Commission d'examiner s'il faudrait consacrer plus de travail à la Loi type ou se contenter simplement, lors de tout débat sur cette loi, d'attirer l'attention sur la grande souplesse de ses dispositions à cet égard.

21. **M. Fruhmann** (Autriche) souligne que c'est intentionnellement qu'une telle souplesse a été conférée à la Loi type, afin que les entités contractantes puissent tenir compte des questions de durabilité ou de protection sociale ou environnementale selon leur degré de priorité. Il conviendrait d'accroître la sensibilité à cette souplesse et de guider les États, éventuellement à l'aide d'un blog encourageant les échanges de vues sur les meilleures pratiques ou les nouvelles expériences concernant l'utilisation de la Loi type, afin d'assurer la passation de marchés durables.

22. Le respect des dispositions par les entreprises n'est pas une question juridique ou un problème qui devrait préoccuper la Commission mais une question de comportement et de meilleures pratiques.

23. **M^me^ Nicholas** (Secrétariat) souligne que la question de l'harmonisation est extrêmement simple. La méthode de sélection de l'adjudicataire en vertu du Guide sur les projets d'infrastructure à financement privé n'est pas exactement la même que la demande de propositions avec dialogue, et il n'y a peut-être pas de raisons de retenir des méthodes légèrement différentes qui risqueraient de semer la confusion et de nuire à l'approche fondée sur les meilleures pratiques. La Commission pourrait donc charger le Groupe de travail d'harmoniser ces deux méthodes de passation de marchés et d'actualiser le Guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé (PIFP) en conséquence.

24. **Le Président** suggère que la Commission, au lieu de renvoyer la question du Groupe de travail, demande au Secrétariat d'harmoniser les deux méthodes.

25. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique) déclare que, comme l'a souligné le représentant de la France, si la Commission devait travailler sur une Loi type sur les projets d'infrastructure exécutés par des PPP/à financement privé, elle considérerait la sélection de l'adjudicataire, la passation de marchés dans le cadre de projets d'infrastructure à financement privé et les dispositions législatives correspondantes. La question n'avait pas seulement une dimension juridique. La Commission pourrait tenir compte des leçons tirées de la Loi type en ce qui concerne notamment la sélection dans le domaine de la négociation par le dialogue et d'autres méthodes complexes. Quant à l'harmonisation de la Loi type et du Guide, un détail aussi mineur ne devrait pas donner lieu à une tâche du Groupe de travail mais pourrait faire l'objet d'une note, comme l'a suggéré l'Autriche.

26. **M. Zhao** Yong (Chine) déclare que les pratiques et lois en matière de passation de marchés ont besoin de temps pour se développer. La législation chinoise sur la passation de marchés publics a bénéficié des indications fournies par la Loi type. Le Chine s'intéresse aux questions d'administration des marchés, d'expulsion et de suspension, de respect des règles par les entreprises et de protection de l'environnement. À mesure que la Chine établira ses lois dans les années à venir, il tiendra compte des nouveaux travaux de la Commission sur ces questions, que ce soit sous la forme d'amendements à la Loi type, de lois sur la protection de l'environnement ou de lois contre la corruption.

27. **M. Maradiaga** (Honduras) précise que la mission de la CNUDCI est strictement juridique. Quand elle élabore des lois types, dont les dispositions sont nécessairement générales, la Commission doit s'efforcer de garantir l'harmonie, la transparence et l'efficacité et de tenir compte de l'existence de différents systèmes nationaux. Les instruments élaborés depuis des années par le Groupe de travail sur la passation des marchés ont eu un énorme impact sur de nombreux pays, y compris le Honduras.

28. **M^me^ Nicholas** (Secrétariat) déclare que si la Commission devait envisager de nouveaux travaux, notamment sur certains aspects concernant le financement privé des projets d'infrastructure et les partenariats public-privé, il lui faudrait identifier les thèmes sur lesquels des dispositions supplémentaires seraient nécessaires dans un nouveau texte traitant de telles transactions. Le premier de ces thèmes suggéré à la réunion du Groupe de travail était le contrôle. La Loi type fait effectivement référence à la tenue d'un compte rendu des débats. Le Guide législatif note également, à propos de certains projets, de modifications réglementaires et de questions concernant les résultats d'un projet, qu'un débat exhaustif sur les questions juridiques dépasserait le cadre des compétences de la Commission. Celle-ci est invitée à examiner si elle devrait ou non examiner de telles questions de façon plus détaillée, au vu de son expérience de tels projets depuis qu'elle a adopté le Guide sur les projets d'infrastructure à financement privé.

29. Le deuxième thème a trait à la promotion de mesures de règlement des différends dans les instances nationales plutôt qu'internationales. Aux termes du Guide législatif, l'approche actuelle est de donner des conseils sur la façon de traiter les risques de différends et les différends effectifs dans la gestion des marchés ou lors de la gestion des projets. Le Secrétariat a l'impression que certains délégués estiment qu'une participation et un investissement appropriés au niveau national devraient s'accompagner d'une recommandation plus précise visant à promouvoir le règlement de différends nationaux plutôt qu'un recours à des instances internationales telles que le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements.

30. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique) déclare que le contrôle et le règlement interne des différends pourraient se ramener à un débat général sur les initiatives à financement privé. Ces deux thèmes ont été traités ensemble au Congrès de la CNUDCI sur un droit moderne pour le commerce mondial en 2007. Actuellement les principaux différends entre organismes de passation de marchés et entreprises sont gérés au sein d'instances internationales telles que la Cour permanente d'arbitrage et en vertu du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, ce qui a contribué à faire connaître le travail de la Commission. Toutefois, il estime qu'il importe que les États établissent leurs propres mécanismes d'arbitrage. La Commission devrait donc élaborer des lois modernes à cet effet. Il est également vital de traiter la question de la prévention de tels différends en mettant en place des mécanismes de contrôle et en associant les investisseurs et les entreprises à la rédaction de lois pertinentes, comme ce fut le cas aux États-Unis, où est largement utilisé un processus de "notification et de commentaires". Le règlement interne des différends est donc un sujet pertinent à aborder à l'avenir par la Commission; toutefois, il ne devrait pas être examiné en vase clos, mais de concert avec les travaux sur les PIFP et les PPP.

*La séance est suspendue à 11 h 35; elle est reprise à midi.*

31. **M^me^ Nicholas** (Secrétariat) souligne que les propositions concernant d'éventuels travaux futurs évoquées dans la section 4 de la note A/CN.9/755 faisaient suite à la décision de la Commission de regrouper les textes des instruments de la CNUDCI sur les PIFP. La proposition figurant dans la section 5 était plus générale car le champ d'application des PPP et des PIFP s'est élargi considérablement ces dernières années et le Guide législatif actuel sur les projets d'infrastructure à financement privé ne couvre pas la prestation de services pour les PPP sans développement des infrastructures, la cession d'actifs ou d'entreprises détenus par l'État, et exclut spécifiquement les concessions portant sur les ressources naturelles. La tendance actuelle, selon laquelle les gouvernements accordent des concessions sur les ressources naturelles en échange d'investissements d'entreprises privées dans des infrastructures, inspire de nombreuses préoccupations en raison de l'absence de transparence de ces transactions. Le Secrétariat a participé à un colloque organisé par l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) et a laissé entendre que nombre des propositions figurant dans le Guide législatif pourraient s'appliquer aux concessions sur les ressources naturelles. La Commission pourrait également se demander quel rapport ses travaux pourraient avoir avec ceux d'autres organisations internationales en la matière.

32. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique) estime que la proposition de regroupement des instruments de la CNUDCI sur les PIFP ne vise qu'à combiner les deux volumes distincts. La Commission a décidé de regrouper ces instruments en 2001 et, en fait, l'opération est pratiquement achevée. Il n'y a pas lieu de formuler un commentaire, ni de renvoyer la question à un groupe de travail. En ce qui concerne l'élargissement du champ d'application des instruments sur les PIFP, il importe de ne pas se laisser

troubler par la pléthore de termes différents utilisés dans les divers pays pour les PIFP. Si l'on tenait un colloque pour définir le champ d'application d'un futur projet, il faudrait établir un mandat et des limites spécifiques et bien définis.

33. **M^me^ Leblanc** (Canada) dit qu'il importe que les travaux de la CNUDCI soient confiés à des groupes de travail plutôt qu'à des groupes d'experts ou au Secrétariat, y compris pour l'identification et le choix des thèmes éventuels de futurs travaux. Une telle approche garantirait la transparence et l'inclusion, conformément aux principaux objectifs de la Commission. Il serait toutefois difficile d'avoir un débat approfondi sur les thèmes proposés sans discuter de planification stratégique pour la CNUDCI et l'état de droit.

34. Au sujet du regroupement des instruments sur les PIFP, elle note que l'Union européenne travaille actuellement sur ce thème et qu'un projet de la CNUDCI pourrait être lancé d'ici un an. Son pays appuie un tel projet, et le calendrier proposé laisserait assez de temps au Secrétariat pour entreprendre des recherches et organiser un colloque sur le travail accompli par d'autres organisations, y compris l'Union européenne, sur des thèmes connexes. Il serait également utile de lancer un projet traitant des divers aspects ne figurant pas dans le Guide législatif sur les PIFP. Un groupe de travail pourrait rédiger des directives qui pourraient servir lors de la rédaction de contrats, afin d'éviter que le secteur privé ne vende des concessions à une entreprise privée sans le consentement de l'État. Le Secrétariat devrait poursuivre les recherches ou organiser un colloque afin de s'assurer que le champ d'application de ces directives est bien défini. Par conséquent, le groupe de travail ne devrait pas se réunir avant l'automne 2012, voire le printemps 2013.

35. **M. Fruhmann** (Autriche) déclare que les travaux de la Commission sur la proposition contenue dans la section 5 de la note du Secrétariat (A/CN.9/755) seraient utiles; toutefois, il importe de définir le champ d'application de toutes directives, éventuellement au moyen d'un colloque. En tant que membre du groupe de travail de l'Union européenne chargé de rédiger une directive sur l'attribution de contrats de concession, il estime qu'un cadre juridique européen pourrait être en place d'ici à 2015. Il est donc essentiel de fixer le calendrier du groupe de travail de manière à tirer profit de l'expérience et des compétences européennes. Entre-temps, il serait judicieux de faire état de l'intérêt que porte la Commission à cette question. Quant à la proposition de la section 4, il pense comme les États-Unis que le regroupement des instruments sur les PIFP est une opération assez simple.

36. **M^me^ Laborte-Cuevas** (Philippines) déclare que la suggestion d'étendre le champ d'application des instruments de la CNUDCI sur les PIFP aux PPP intéresse particulièrement les pays en développement comme le sien.

37. **M^me^ Johnson** (Observatrice du Vale Columbia Center on Sustainable International Investment) déclare que le Vale Columbia Center, administré conjointement par la Columbia Law School et l'Earth Institute of Columbia University, est l'un des principaux centres de recherche appliquée et un centre d'étude, de pratique et de discussion sur l'investissement international durable. Son intérêt et ses compétences, décrits dans son Guide sur les projets d'infrastructure à financement privé, se manifestent dans ses travaux sur les PPP sous la forme de concessions axées sur les ressources naturelles et de PIFP, deux domaines qui sont de plus en plus liés et particulièrement importants pour le développement durable.

38. Les pays richement dotés en ressources naturelles jouissent d'énormes possibilités d'utiliser cette richesse pour promouvoir un développement économique efficace et durable qui soit inclusif et permette de réduire la pauvreté par le développement des infrastructures, l'établissement de liens avec les industries locales, le renforcement des capacités, la création d'emplois et le transfert de capitaux et de technologie. La garantie que les industries extractives développent leur potentiel de transformation et contribuent à un développement durable et équitable serait bénéfique à long terme à la fois pour les gouvernements et les entreprises. Toutefois, la mesure dans laquelle ces bienfaits se concrétisent dépend pour beaucoup à la fois de la politique du gouvernement et des investisseurs et des institutions nationales en place. Face aux possibilités et aux défis que représentent les richesses naturelles pour les pays en développement, le Centre s'est donné pour mission de définir des cadres d'orientation qui permettent aux gouvernements, aux citoyens et aux investisseurs de maximiser les avantages à tirer des concessions sur les ressources naturelles. Il s'agissait notamment d'examiner la formation, la conception, la révision et l'exécution des contrats du point de vue d'un développement durable.

39. Les projets d'infrastructure à financement privé sont également cruciaux pour le développement parce que l'existence de moyens de transport, de télécommunications et d'une infrastructure énergétique de qualité et fiables est vital pour la croissance économique et déterminante pour l'investissement étranger direct. Nombre de pays, notamment de pays riches en ressources naturelles, se tournent de plus en plus vers l'investissement privé pour financer les projets d'infrastructure dont ils ont besoin. Le Centre a étudié diverses stratégies économiquement viables que les pays pourraient utiliser pour stimuler les investissements dans les infrastructures liées aux industries extractives dans le cadre de projets de développement durable, et a notamment défini des cadres juridiques propres à favoriser l'adoption d'un modèle permettant l'utilisation en partage des infrastructures, de préférence au modèle traditionnel "à enclaves". Le Centre espère pouvoir aider la Commission et le Groupe de travail dans leurs travaux sur ces questions.

40. **M. Bloomsbury** (Observateur de la New York State Bar Association) dit que le document final de la récente Conférence des Nations Unies sur le développement durable (A/CONF.216/L.1) recommandait fermement la promotion de partenariats public-privé et soulignait la contribution du secteur privé à la réalisation d'un développement durable. Face à l'approbation d'une instance politique aussi éminente, il appartient à la Commission de décider comment elle pourrait contribuer à la réalisation de la vision de l'avenir définie dans le document final.

41. **M. Pérez-Cadalso Arias** (Observateur de la Cour centraméricaine de justice) déclare que la Cour, en tant que l'un des organes du Système d'intégration centraméricain, a compétence pour connaître des affaires impliquant l'un quelconque des sept États membres du Système – Belize, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua et Panama – dont elle est saisie soit contre l'un de ces États, par un autre État membre, par un État non membre qui reconnaît la compétence de la Cour, ou par toute personnes physique ou morale résidant dans l'un des États membres. La Cour a également compétence pour harmoniser les lois entre les États membres et pour proposer des conventions et des lois pour l'application de ces conventions dans la région. Elle a également compétence pour arbitrer les différends commerciaux découlant d'accords commerciaux régionaux. La Cour a beaucoup à apprendre de la Commission et espère contribuer dans la même proportion aux travaux futurs de celle-ci.

42. **M. Imbachi Cerón** (Colombie) souligne que 10 ans auparavant, son gouvernement avait amorcé des efforts pour utiliser le financement privé pour financer les projets publics d'infrastructure. Ces efforts ont abouti en janvier 2012 à l'adoption de la loi n° 1508 portant établissement d'un cadre juridique pour les PPP. Il lui paraît donc utile qu'un groupe de travail soit chargé d'étudier la question des partenariats public-privé.

43. **M. Ezeh** (Nigéria) déclare que lorsque son gouvernement a promulgué une loi en 2007 fondée sur la Loi type de 1994 de la CNUDCI sur la passation de marchés de biens, de travaux et de services, la principale difficulté a été d'appliquer cette loi. Il estime que la CNUDCI devrait non seulement se soucier d'offrir des lois types, mais pourrait utiliser l'expérience de différents pays pour guider les pays se trouvant dans des situations similaires. La Commission devrait également apporter un appui aux régulateurs afin de s'assurer que les règles de passation de marchés sont rigoureusement appliquées et suivies, car il n'y a pas actuellement de dispositions pour protéger les régulateurs qui sont à la merci des autorités politiques. Nombreux sont ceux qui dans les gouvernements, cherchent à contourner les lois sur la passation de marchés, qu'ils jugent trop restrictives et de nature à les empêcher de faire exécuter des projets d'infrastructure entérinés par un vote. D'un point de vue positif, il souligne qu'un certain nombre de hauts fonctionnaires sont actuellement jugés pour violation des règles régissant la passation de marchés et que l'un d'entre eux a été condamné à deux ans et demi d'emprisonnement. Le seul moyen d'éliminer la corruption est de veiller à ce qu'elle soit lourde de conséquences et à ce que la loi soit appliquée avec fermeté.

44. Le Bureau des marchés publics collabore avec l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime (ONUDC) pour maîtriser le problème de la corruption dans les projets de dépenses publiques, notamment par l'introduction de systèmes d'approvisionnement en ligne. Ces systèmes pourraient aider à résoudre ces problèmes car ils augmentent la transparence et réduisent le besoin de contacts humains. Le Bureau relève directement du Président de la République, ce qui le met à l'abri des dangers d'amenuisement de son autorité; toutefois, l'orateur estime qu'il serait utile que les guides législatifs incorporent certaines des meilleures pratiques d'autres pays, ce qui encouragerait d'autres personnes à s'y conformer.

45. **M^me^ Nicholas** (Secrétariat) déclare que l'ONUDC est le gardien de la Convention des Nations Unies contre la corruption, dont l'article 9 traite spécifiquement des marchés publics. Le projet entrepris au Nigéria s'inscrivait dans le cadre des efforts menés aux termes de la Convention pour réformer les systèmes de passation de marchés. Le Secrétariat travaille en étroite collaboration avec l'ONUDC sur toutes les questions de passation de marchés.

*La séance est levée à 13 heures.*

## Finalisation et adoption d'un Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics (*suite*)

## Travaux futurs dans le domaine de la passation de marchés et dans les domaines connexes

### Compte rendu analytique de la 948e séance tenue au Siège, à New York, le mercredi 27 juin 2012, à 15 heures

[A/CN.9/SR.948]

*Président*: M. Wiwen-Nilsson (Vice-Président) (Suède)

*M. Wiwen-Nilsson (Suède), Vice-Président, assume la présidence.*

*La séance est ouverte à 15 h 15.*

**Finalisation et adoption d'un Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics** (*suite*) (A/CN.9/XLV/CRP.1/Add.2)

1. **Le Président** appelle l'attention sur le document A/CN.9/XLV/CRP.1/Add.2 qui vient d'être distribué et invite les membres de la Commission à en prendre connaissance.

*La séance est suspendue à 15 h 20; elle est reprise à 15 h 45.*

**Travaux futurs dans le domaine de la passation de marchés et dans les domaines connexes** (*suite*) (A/CN.9/755)

2. **Mme Nicholas** (Secrétariat) déclare que les paragraphes 38 et 39 de la note du Secrétariat consacrée aux travaux futurs possibles dans le domaine de la passation de marchés et du développement des infrastructures (A/CN.9/755) soulèvent des questions sur les moyens de faire en sorte que la Loi type soit incorporée, appliquée et interprétée par le plus grand nombre, de même que sur l'utilisation des méthodes de communication modernes pour diffuser les supports élaborés par la CNUDCI à l'appui de la Loi type. Le Secrétariat souhaite déterminer dans quelle mesure le fonctionnement des publications des Nations Unies est à même d'autoriser le recours à des versions interactives et conviviales du Guide et d'autres documents à suivre.

3. Plusieurs délégations ont proposé des thèmes précis qui pourraient faire l'objet de documents additionnels, tels que la suspension et l'exclusion ou encore la planification des achats. Toutefois, il faudrait peut-être adopter une approche plus systématique pour identifier des domaines appropriés et la Commission pourrait estimer que, faute de savoir exactement quelles publications les organes s'occupant de questions connexes s'emploient à élaborer, il serait prématuré de prendre trop de mesures spécifiques.

4. **M. Imbachi Cerón** (Colombie) aimerait connaître l'opinion du Secrétariat sur la proposition de sa délégation concernant la concurrence dans la passation de marchés publics. Les procédures électroniques de passation posent des problèmes à certaines entreprises dont les moyens technologiques sont limités. Il serait donc bon que la Commission mette au point un mécanisme permettant aux secteurs public et privé d'établir des politiques de nature à prévenir la concurrence déloyale avant l'attribution des marchés.

5. La Colombie maintient son appui aux travaux de la CNUDCI dans d'autres domaines mais juge crucial de réguler la concurrence. Une politique claire pourrait donner aux entreprises les assurances qu'elles soumissionnent dans des conditions d'égalité.

6. **M. Loken** (États-Unis d'Amérique), en référence à la diffusion de la Loi type, souhaite attirer l'attention du Secrétariat sur le Réseau mondial d'informations juridiques (GLIN), projet de la Bibliothèque du Congrès des États-Unis qui a pour but de constituer en ligne un corpus complet et accessible à tous de traités, statuts, règlements, décisions judiciaires et documents secondaires d'importance. Le Réseau s'efforce actuellement d'établir une base dans chaque pays, généralement dans le cadre du parlement. La CNUDCI pourrait peut-être faire participer les institutions

nationales à ses activités en vue d'augmenter ses capacités internes.

7. **M. Fruhmann** (Autriche) estime que le Secrétariat pourrait envisager des accords bilatéraux avec les institutions de différents États adoptants, qui fourniraient à ce titre des renseignements sur la passation de marchés publics et la jurisprudence y relative, créant de la sorte un réseau d'États qui appliquent la Loi type et bénéficiant ainsi d'un retour d'expérience pour les révisions de la Loi et les travaux futurs.

8. L'idée selon laquelle le Guide pour l'incorporation devrait être un document évolutif qui puisse être actualisé et enrichi par l'intermédiaire d'Internet pourrait apporter une réelle valeur ajoutée; M. Fruhmann demande donc ce qu'il en est à ce stade.

9. **Le Président** indique qu'un réseau de gouvernements lié au système de collecte et de diffusion de la jurisprudence relative aux instruments de la CNUDCI existe déjà et fournit des informations sur la Loi type et d'autres questions. Par ailleurs, le projet de décision portant adoption du Guide pour l'incorporation (A/CN.9/XLV/CRP.2) prévoit le retour d'expérience et l'actualisation du Guide évoqués par l'Autriche.

10. **M. Wang** (Norvège) convient que les travaux futurs dans le domaine de la passation de marchés publics devraient tenir compte d'autres instruments internationaux pertinents, y compris les initiatives actuelles et futures de l'Union européenne.

11. La Norvège souscrit à l'idée que les thèmes liés à la durabilité et à l'environnement devraient être abordés dans le cadre des propositions de travaux dont il n'est pas question dans la Loi type en ce qui concerne la passation de marchés publics ou par tout autre moyen adapté.

12. **M. Zhao** Yong (Chine) déclare adhérer aux idées proposées par la Colombie. En outre, il est très difficile pour les pays en développement de savoir quelle méthode de passation de marchés utiliser selon les cas. Par conséquent, dans ses travaux futurs, la CNUDCI devrait étudier les coûts et avantages de chaque méthode, ainsi que les infrastructures requises, afin de donner des orientations aux pays en développement.

13. **M^me^ Leblanc** (Canada) rappelle que le Secrétariat a noté que la Loi type de 2011 serait rarement incorporée sans un certain degré d'adaptation aux circonstances locales, mais que ces circonstances étaient variées et que les États présentaient fréquemment des cadres juridiques très similaires. On demande souvent au personnel de la CNUDCI d'apporter une assistance technique aux États pour l'incorporation; il serait donc utile de savoir si le rapport sur ses activités pourrait être publié, de telle façon que les meilleures pratiques puissent être échangées entre les États dont les cadres juridiques sont similaires.

14. **Le Président** note, à ce qu'il ressort des discussions, que les États membres accueilleraient avec intérêt des informations sur les expériences des autres dans la mise en œuvre de la Loi type, et qu'il serait éclairant à cet égard d'entendre les vues du Secrétariat sur la manière dont cette attente pourrait être satisfaite.

15. **M. Loken** (États-Unis d'Amérique) signale que l'Institute of Peace de son pays dispose d'un programme relatif à la sécurité, aux activités de police et à l'état de droit, dont le principal produit consiste dans un recueil des meilleures pratiques mondiales, qui semble très proche de l'idée à l'étude.

16. S'agissant des travaux futurs, la CNUDCI a organisé il y a quelques années un colloque sur la fraude commerciale et l'utilisation abusive de ses instruments. Cependant, la question n'a pas été confiée à un quelconque groupe de travail et M. Loken n'a pas connaissance des résultats de cette réunion.

17. **Le Président** explique que le colloque a donné lieu à l'élaboration d'indicateurs de fraude commerciale, qui pourraient être utiles aux membres de la Commission à des fins de référence. Toutefois, les délégations doivent garder à l'esprit que la CNUDCI s'occupe essentiellement de droit, et que certaines propositions peuvent donc ne pas correspondre à son mandat ni à ses moyens.

18. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) déclare que la CNUDCI souhaite naturellement que ses travaux soient diffusés le plus largement possible. D'excellentes idées ont été avancées qui supposeraient que le Secrétariat entreprenne de nouvelles activités et fournisse divers types de services. On attend également de lui qu'il assure un suivi des travaux

antérieurs tout en préparant les travaux futurs; au fil du temps, le nombre croissant de textes nécessite une diffusion et une mise en œuvre plus larges. Toutefois, les moyens du Secrétariat sont limités. En 2012, sa taille et ses ressources sont les mêmes qu'au moment de sa création, en 1968.

19. Le système utilisé pour compiler la jurisprudence relative aux instruments de la CNUDCI est exploité dans les six langues de l'ONU et les capacités du Secrétariat en la matière ont atteint leurs limites. Il serait bon que les États eux-mêmes contribuent à la compilation de la jurisprudence sur la passation de marchés. Cela dit, le Secrétariat aurait toujours besoin de ressources complémentaires pour diffuser les informations ainsi rassemblées sous la forme d'un recueil de jurisprudence.

20. **M^me^ Mokaya-Orina** (Kenya) observe que la Loi type a constitué la pierre angulaire de la réforme de la passation des marchés dans de nombreux pays, y compris le sien; elle estime néanmoins que cette loi doit être actualisée pour traiter également de certaines questions telles que les communications électroniques dans les procédures de passation des marchés publics.

21. **M. Mugasha** (Ouganda) souligne que, si la Commission s'attèle actuellement à la question de la passation des marchés publics, il n'en est pas moins nécessaire de tenir compte aussi de l'intérêt manifesté pour des domaines comme la microfinance et les contrats internationaux. Les différentes propositions devront être examinées afin d'établir des priorités et il serait utile de savoir quand la Commission compte entreprendre cette démarche.

22. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique) précise que certains des thèmes additionnels énoncés dans le document A/CN.9/755 qui portent sur la passation de marchés ne se prêtent pas facilement à une prise en considération dans la Loi type et qu'il n'est pas judicieux de soulever de nouveau la question à ce stade. Plusieurs délégations ont exprimé un vif intérêt pour la poursuite des travaux sur des aspects spécifiques dont elles considèrent qu'ils sont importants pour leur pays comme pour d'autres, et le Secrétariat pourra peut-être engager, dans le domaine de la passation de marchés, des activités susceptibles de répondre à ces préoccupations.

23. S'agissant des diverses questions relatives aux partenariats public-privé (PPP) et aux infrastructures à financement privé, nombreux sont apparemment ceux qui souhaitent maintenir les efforts déployés jusqu'à présent. Il est envisagé d'organiser un colloque afin d'identifier les travaux que la CNUDCI pourrait mener avec profit à cet égard. Si le Groupe de travail est appelé à mener de nouvelles activités en la matière, il aura besoin d'un mandat clair.

*La séance est suspendue à 16 h 35; elle est reprise à 16 h 55.*

24. **Le Président**, résumant les échanges, déclare qu'au moment de se prononcer sur les travaux futurs il importera de rappeler que le mandat de la CNUDCI porte sur les questions et produits juridiques. Cela dit, il semble qu'il faille, de l'avis général, poursuivre les travaux relatifs aux PPP et aux infrastructures à financement privé, en application d'un mandat à définir à la faveur d'un colloque.

25. La Commission a également indiqué qu'elle entendait rassembler des informations sur la mise en œuvre de la Loi type et les problèmes éventuellement rencontrés dans ce cadre, puis les mettre à la disposition des États par son intermédiaire. Il y a toutefois des limites à ce qu'elle est en mesure de faire et elle ne devrait pas sous-estimer les ressources nécessaires pour mener à bien pareille tâche.

26. Concernant les aspects spécifiques de la Loi type, tels que les coûts et avantages liés à l'utilisation de certaines méthodes de passation de marchés, la durabilité ou les pratiques responsables en matière d'achats, et bien que la Commission ait indiqué qu'elle les examinerait volontiers, il faut compter avec les limites imposées par les contraintes budgétaires et le mandat de la CNUDCI. L'Organisation des Nations Unies pour le développement industriel se charge déjà des aspects socioéconomiques de la durabilité et elle est mieux placée pour le faire.

27. En conclusion, il faudrait confier au Secrétariat, en consultation avec les membres, la tâche de préparer un colloque destiné à fournir à la Commission les éléments nécessaires pour qu'elle puisse, en 2013, décider en connaissance de cause de la teneur et de la portée de ses travaux futurs. Concernant la collecte et la diffusion de renseignements sur la mise en œuvre de la Loi type, le Secrétariat devrait être prié d'étudier la question et de déterminer ce qui est faisable compte tenu des ressources et au vu de l'expérience tirée du

système utilisé pour compiler la jurisprudence relative aux instruments de la CNUDCI.

28. Par conséquent, la Commission ne traitera pas des questions relatives à la gestion des contrats et à la planification des achats. Même si la suspension et l'exclusion peuvent être vues comme une suite donnée à la Loi type, il n'est pas opportun d'entreprendre de nouvelles activités visant à enrichir ou modifier cette loi. Enfin, la durabilité ne saurait être considérée comme relevant du domaine juridique.

29. **M^me^ Nicholas** (Secrétariat) demande si le Secrétariat devra établir que certains des thèmes qui ne feront pas l'objet de travaux futurs sur la Loi type pourront ou non être abordés dans un document, et s'assurer que les documents pertinents auront été élaborés par d'autres organisations œuvrant dans le domaine considéré.

30. **Le Président** répond qu'il comprend que le Secrétariat n'est pas censé élaborer de documents, mais simplement de recueillir et de diffuser des renseignements concernant la Loi type et sa mise en œuvre.

31. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique) rappelle que le Groupe de travail est saisi depuis des années de la possibilité d'élaborer des documents et qu'il ne l'a jamais rejetée, bien qu'il ne l'ait jusqu'à présent pas examinée dans le détail. La difficulté tient évidemment à un manque de moyens, pour des raisons liées à l'affectation des ressources au sein du Secrétariat. À en juger par les manifestations d'intérêt de la Chine, de la Colombie et de la Norvège, il apparaît que les aspects touchant aux coûts et avantages, à la durabilité et à la concurrence revêtent une importance particulière. Sans les écarter complètement, il convient néanmoins d'en mesurer le poids relatif et de déterminer s'ils relèvent du mandat de la CNUDCI.

32. **Le Président** précise que la CNUDCI n'a pas pour mission d'aborder en profondeur les questions de coûts et avantages et de durabilité; elle devrait plutôt concentrer son action sur la Loi type.

33. **M^me^ Nicholas** (Secrétariat) déclare que le Secrétariat pourrait recenser les éléments disponibles sur ces aspects et en rendre compte à la Commission, qui serait alors à même de décider si l'on dispose d'orientations suffisantes dans tel ou tel domaine.

34. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique) estime que les travaux de l'Office of Technology Assessment du Congrès des États-Unis pourraient constituer un exemple utile, étant donné qu'il ne s'agit pas de recherche originale mais d'une activité d'évaluation des travaux de recherche existants à l'intention du Congrès.

35. **Le Président** déclare que s'il n'y a pas d'objection au résumé des échanges il considèrera que la Commission souhaite adopter les conclusions qui y sont énoncées.

36. *Il en est ainsi décidé.*

**Finalisation et adoption d'un Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics** (*suite*) (A/CN.9/XLV/CRP.1/Add.1 et CRP.2)

37. **M. Mugasha** (Ouganda), Rapporteur, présentant la partie du projet de rapport qui a trait au point 4 de l'ordre du jour (A/CN.9/XLV/CRP.1 et Add.1 et 2), déclare que celle-ci contient une synthèse de l'examen par la Commission des propositions concernant le Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics et porte en particulier sur les décisions qui ont été prises.

38. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique), notant que l'expression "user-friendly" est employée au paragraphe 1 du document A/CN.9/XLV/CRP.1/Add.1 [dans le texte français, "se lise bien"] et au paragraphe 19 de l'additif 2 [dans le texte français, "plus faciles à manier"], demande si l'on ne pourrait pas faire une observation plus générale.

39. **M^me^ Nicholas** (Secrétariat) rappelle qu'au début des délibérations, il a été dit que la Commission reviendrait sur cette question. La solution la plus simple consisterait à supprimer la première occurrence et de conserver tel quel le paragraphe 19 de l'additif 2.

40. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique) observe qu'il est dit au paragraphe 2 que la Commission "a approuvé le texte du projet de guide contenu dans le document A/CN.9/WG.1/WP.79", ce qui donne à penser qu'elle a approuvé l'ensemble du projet de guide, alors que son approbation n'a porté que sur ce document, non sur l'additif. Il propose que la formulation soit modifiée de manière à indiquer plus précisément que la Commission "a approuvé la partie du texte du projet de guide qui figure dans...".

41. **M^me^ Nicholas** (Secrétariat) déclare que le Secrétariat comprend la nécessité de veiller à la cohérence d'ensemble des formules utilisées dans le rapport. Par conséquent, chaque additif fera référence à "la partie du texte [...] qui figure...".

42. **M. Fruhmann** (Autriche) estimerait plus juste que l'alinéa c) du paragraphe 3, où il est avancé que "la collusion constituerait probablement une violation du droit de l'État", se lise comme suit: "la collusion constituerait une violation du droit de l'État". À l'alinéa e), qui se rapporte à un point soulevé par l'Autriche, il est dit que "la complicité de collusion de la part de l'entité adjudicatrice n'est pas rare". Or, techniquement, ce n'est pas l'entité adjudicatrice, à savoir l'État, qui peut se rendre complice de collusion avec le soumissionnaire; il s'agit en fait des représentants de l'État. L'alinéa devrait donc être corrigé en conséquence, soit "la complicité de collusion de la part des représentants de l'entité adjudicatrice n'est pas rare".

43. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique) considère que la deuxième phrase du paragraphe 9 appelle un travail de réécriture pour plus d'exactitude. Il propose ainsi de la modifier pour qu'elle se lise comme suit: "... dans les enchères électroniques inversées serait donc inclus, qui se fonderait sur l'examen des avantages potentiels du recours aux centrales d'achats...", supprimant ainsi la référence à l'alinéa a) du paragraphe 4 et conservant uniquement la mention des "alinéas g) et i) du paragraphe 4", seuls pertinents en l'occurrence.

44. **Le Président** rappelle que l'alinéa a) du paragraphe 4 a été cité par l'Autriche et que la référence qui y est faite ne saurait dès lors être supprimée.

45. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique) précise que ses observations ont trait à un problème de formulation. La référence à l'efficacité administrative qui est faite à l'alinéa a) du paragraphe 4 ne se rapporte pas aux tiers mais aux centrales d'achats.

46. **M^me^ Nicholas** (Secrétariat) propose d'amender le paragraphe afin qu'il se lise comme suit: "qui se fonderait sur l'examen de l'efficacité administrative, à l'alinéa a) du paragraphe 4, et des avantages potentiels du recours aux centrales d'achats, aux autres alinéas".

47. **M. Fruhmann** (Autriche) demande des précisions sur les termes qui seront utilisés pour le paragraphe 8 au vu des observations qui ont été faites au sujet du paragraphe 2.

48. **M^me^ Nicholas** (Secrétariat) signale que le Secrétariat doit, ainsi qu'il en a été prié, reformuler le paragraphe 2 comme suit: "La Commission a approuvé la partie du texte du projet de guide qui figure dans le document A/CN.9/WG.I/WP.79". Pour des raisons de cohérence et afin d'éviter tout malentendu, le paragraphe 8 sera donc lui aussi révisé de manière à se lire: "La Commission a approuvé la partie du texte du projet de guide qui figure dans le document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.10".

49. **M. Zhao** Yong (Chine) observe que les termes "enchères électroniques inversées" et "enchères" sont employés de façon interchangeable au paragraphe 9, et estime à cet égard qu'il faudrait amender le texte dudit paragraphe en s'inspirant du paragraphe 17 de l'additif 2, qui répond dûment aux préoccupations exprimées par la délégation chinoise.

50. *Le document A/CN.9/XLV/CRP.1/Add.1, tel que modifié oralement, est adopté.*

51. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique) demande des précisions au sujet du paragraphe 3 du document A/CN.9/XLV/CRP.1/Add.2.

52. **M^me^ Nicholas** (Secrétariat) propose que le paragraphe, si les membres jugent que la formulation n'en est pas assez claire, soit modifié de façon suivante à se lire comme suit: "The Secretariat was instructed to ensure consistency in the discussion of similar issues throughout part III of the Guide, ensuring that the relative emphasis on the constituent elements remained the same throughout" [le texte français ne présente pas d'ambiguïté].

53. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique) demande des précisions sur le sens du membre de phrase "éviter d'utiliser le mot 'auteur' lorsqu'on modifierait le paragraphe 29", à l'alinéa d) du paragraphe 4.

54. **M^me^ Nicholas** (Secrétariat) explique qu'instruction a été donnée d'employer [en anglais] l'expression "issuers of documents" ou un terme similaire [et non "author"].

55. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique) déclare que la dernière phrase du paragraphe 5 décrit ce qui lui semble être une tâche particulièrement ambitieuse, et demande donc des éclaircissements.

56. **M^me^ Nicholas** (Secrétariat) rappelle que la Colombie a soulevé la question d'adapter la Loi type aux circonstances locales. Elle propose d'amender le texte de manière à ce qu'il se lise [en anglais] comme suit: "The Commission also confirmed that the discussion in the Guide should remain...".

57. **M. Grand d'Esnon** (France) signale que l'alinéa a) du paragraphe 6 pourrait être compris comme signifiant que la Loi type autorise un État à ne pas respecter les normes internationales.

58. **M^me^ Nicholas** (Secrétariat) déclare que la version anglaise sera révisée pour que le passage se lise comme suit: "... risks violating free trade commitments" ["peut contrevenir", en français, devenant alors "risque de contrevenir", ou une formule similaire].

59. **M. Zhao** Yong (Chine) souligne que la dernière phrase du paragraphe 8 mentionne uniquement l'une des vocations d'une garantie de soumission, dont l'objectif principal est de limiter le risque associé aux appels d'offres et d'éviter les soumissions déraisonnables. C'est plus précisément la garantie de bonne exécution qui a pour but de lever les inquiétudes quant à la qualification et à l'aptitude du fournisseur.

60. **M^me^ Nicholas** (Secrétariat) déclare que le texte sera modifié de façon à évoquer "l'une des vocations d'une garantie de soumission...".

61. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique) observe que le membre de phrase "le Guide énoncerait clairement qu'il ne faudrait pas considérer que le fait d'exiger une garantie de soumission était la norme" semble exprimer une position plus ferme que celle qui est ressortie des débats.

62. **Le Président** rappelle que le rapport est censé rendre compte des conclusions auxquelles est effectivement parvenue la Commission, et que celle-ci, en l'occurrence, a bel et bien conclu qu'exiger une garantie de soumission ne devrait pas être la norme.

63. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique) considère que le paragraphe 11 ne reflète pas exactement la position de la Commission et devrait donc être amendé. Notant qu'il est indiqué au paragraphe 19 que "la Commission a approuvé les autres parties du Guide", il demande s'il incombe à celle-ci de prendre quelque autre mesure juridique à cet égard.

64. **M^me^ Nicholas** (Secrétariat) explique que le texte du paragraphe 19 est nécessaire à l'adoption formelle du Guide.

65. **Le Président** souhaite que la gratitude de la Commission à l'endroit du Secrétariat soit inscrite au procès-verbal, puisque des remerciements formels ne peuvent figurer dans le Guide.

66. **M. Fruhmann** (Autriche) estime que le premier paragraphe du projet de décision portant adoption du Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics (A/CN.9/XLV/CRP.2) devrait comporter une référence aux additifs 1 à 3, car ces documents rendent compte des délibérations qui ont abouti à la modification et à la finalisation du texte.

67. Si le paragraphe 5 entérine les efforts visant à établir un mécanisme de suivi des pratiques concernant l'utilisation de la Loi type et du Guide, il ne va toutefois pas assez loin dans l'idée d'un Guide, qui puisse être continuellement actualisé.

68. Enfin, M. Fruhmann demande des précisions sur la mention qui est faite de "divers organismes [...] et d'autres mécanismes" au paragraphe 6.

69. **M^me^ Nicholas** (Secrétariat), en réponse au représentant de l'Autriche, indique que le Guide pour l'incorporation sera adopté à la session en cours et que les documents synthétisant les délibérations de la Commission y seront cités. Pour ce qui concerne le deuxième point, l'actualisation du Guide nécessitera une autre décision de la Commission, qui expliquera les termes utilisés.

70. La question du mode de diffusion n'a pas été abordée dans le projet de décision. Si la Commission estime que le Secrétariat devrait être autorisé à se charger de la publication en optant de lui-même pour la manière qui lui semblera la plus adaptée, une disposition à cet effet devra être incluse dans le paragraphe 2.

71. S'agissant du paragraphe 6, des termes semblables ont été employés lorsque la Commission a adopté la Loi type. L'expression "organismes s'occupant de la réforme de la passation des marchés" désigne les banques multilatérales de développement, l'Organisation de coopération et de développement économiques et d'autres, tandis que les "mécanismes" comprennent l'Office des Nations Unies contre la

drogue et le crime, la Convention des Nations Unies contre la corruption, ainsi que d'autres conventions.

72. Si la Commission juge qu'il convient de revoir sensiblement la formulation du projet de texte, elle peut décider d'attendre le lendemain pour se prononcer.

73. *Il en est ainsi décidé.*

*La séance est levée à 18 h 5.*

## Finalisation et adoption d'un Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics (*suite*)

## Travaux futurs dans le domaine de la passation de marchés et dans les domaines connexes (*suite*)

### Compte rendu analytique de la 949e séance tenue au siège, à New York, le jeudi 28 juin 2012 à 15 heures

[A/CN.9/SR.949]

*Président*: M. Sikirić (Croatie)

*La séance est ouverte à 15 h 20.*

**Questions diverses**

1. **Le Président** invite la Commission à entendre un exposé sur la proposition de remplacement des comptes rendus analytiques de ses réunions par des enregistrements numériques.

2. **M. Fruhmann** (Autriche), appuyé par **M. Bellenger** (France), dit que la Commission aurait dû être informée du changement apporté à son programme de travail. Il serait préférable d'achever d'abord l'examen du document A/CN.9/XLV/CRP.2.

3. **M. Zhao** Yong (Chine) dit que sa délégation a prévu sa participation aux travaux de la Commission sur la base de l'ordre du jour approuvé. Il serait utile que la Commission puisse poursuivre son travail en conséquence.

4. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) dit que le Chef du Service de la gestion des conférences à l'Office des Nations Unies à Vienne ne peut faire son exposé à aucun autre moment.

5. **Le Président** dit qu'il considère que la Commission est d'accord pour entendre l'exposé.

6. *Il en est ainsi décidé.*

*Exposé intitulé "Examen de l'utilisation des comptes rendus analytiques de la CNUDCI" et démonstration du système d'enregistrement numérique utilisé par le Comité des utilisations pacifiques de l'espace extra-atmosphérique et son Sous-Comité juridique*

7. **M. Karbuczky** (Chef du Service de la gestion des conférences à l'Office des Nations Unies à Vienne) dit que les enregistrements audio numériques des réunions constituent une solution moins coûteuse que les comptes rendus analytiques. Les enregistrements audio offrent une reproduction authentique des débats dans la langue d'origine sans intervention de rédacteurs de comptes rendus analytiques et, contrairement à ces comptes rendus, sont disponibles immédiatement. En adoptant ce nouveau système économique et écologique, la Commission contribuerait fortement à la réforme des Nations Unies.

8. **Mme Leblanc** (Canada) aimerait savoir quelle est l'étape suivante en ce qui concerne le système d'enregistrement numérique concerné.

9. **M. Fruhmann** (Autriche) dit qu'un résumé analytique d'une journée complète de débats comme celui établi par le Secrétariat est beaucoup plus utile pour un lecteur intéressé qu'un enregistrement audio des séances. Il voudrait savoir si, à terme, les enregistrements audio remplaceraient à la fois les comptes rendus analytiques et les documents de séance tels que ceux établis par le Secrétariat.

10. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) dit que le système d'enregistrement numérique proposé remplacerait uniquement les comptes rendus analytiques et pas les documents établis par le Secrétariat. Les fichiers audio seraient fournis accompagnés d'une liste des orateurs afin d'aider le lecteur à savoir qui parle à un moment donné. L'on continuerait d'établir des résumés analytiques des réunions de la Commission pendant sa prochaine session, parallèlement aux enregistrements audio. Les membres de la Commission pourraient alors évaluer le système d'enregistrement numérique et décider s'il peut remplacer les comptes rendus analytiques.

11. **M. Shautsou** (Bélarus) dit que les comptes rendus analytiques sont plus utiles que les

enregistrements audio pour les délégués qui essayent de se préparer aux réunions de la Commission. Il serait plus difficile de trouver une déclaration précise dans les fichiers audio que dans un compte rendu analytique. Ces fichiers seraient-ils organisés par point de l'ordre du jour ou dans l'ordre chronologique, afin de permettre à une personne effectuant une recherche de suivre l'évolution d'un sujet d'une année à l'autre?

12. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) dit que la facilité d'emploi est essentielle, raison pour laquelle les comptes rendus analytiques ne seront pas supprimés jusqu'à ce qu'il soit certain que les enregistrements audio peuvent être utilisés efficacement à des fins de recherche. Il note que le faible coût des enregistrements audio permet aussi d'enregistrer les réunions des groupes de travail, qui ne font pas actuellement l'objet de compte rendus analytiques

13. **M. Bellenger** (France) déplore le temps de réunion perdu pour l'exposé et la discussion et demande au Secrétariat d'éviter de modifier le programme de travail de la Commission sans l'approbation préalable de celle-ci.

**Finalisation et adoption d'un Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics** (*suite*) (A/CN.9/XLV/CRP.2; A/CN.9/WG.I/WP.79)

*A/CN.9/XLV/CRP.2* (*suite*)

14. **Le Président** dit que le Secrétariat a incorporé les mots "consignées dans le présent rapport" à la fin du paragraphe 1 du projet de décision, comme demandé à la réunion précédente par le représentant de l'Autriche.

15. **M. Fruhmann** (Autriche), répondant à la question du président au sujet du paragraphe 6 du projet de décision, dit que l'explication fournie par le Secrétariat est suffisante.

16. **M. Grand d'Esnon** (France) dit qu'il partage l'avis du représentant des États-Unis lorsque celui-ci affirme que la première phrase du paragraphe 6 n'est pas claire. Comme, d'après le Secrétariat, la formulation a été utilisée précédemment, il est disposé à laisser cette phrase en l'état par souci de cohérence.

17. **M^me^ Leblanc** (Canada), se référant au dernier paragraphe du préambule, dit que les mots "la compréhension, l'adoption, l'interprétation et l'application" devraient être mis dans un ordre plus logique.

18. **M^me^ Nicholas** (Secrétariat) dit qu'il s'agit d'une formule type qui a été utilisée dans des documents antérieurs de la Commission.

19. **M. Loken** (États-Unis d'Amérique) dit que, contrairement à ce qui est déclaré au paragraphe 1, l'édition et la finalisation du texte effectuées par le Secrétariat ne se basent pas exclusivement sur les délibérations de la Commission, mais aussi sur le rapport du Groupe de travail (A/CN.9/745), qui reprend les décisions du Groupe concernant les modifications du texte mais ne contient pas la formulation définitive.

20. **M^me^ Nicholas** (Secrétariat) dit que les mots "à la présente session et celles consignées dans le document A/CN.9/745" pourraient être ajoutés à la fin du paragraphe.

21. **M. Loken** (États-Unis d'Amérique) dit que l'on ne voit pas clairement ce que l'on entend par la formule "autres parties prenantes à des procédures de passation de marchés publics" à la fin du paragraphe 4.

22. **M^me^ Nicholas** (Secrétariat) dit que le texte a été emprunté à la résolution de l'année précédente. L'intention a été d'inclure à la fois l'État et les fournisseurs impliqués dans la procédure. La formule pourrait être remplacée par "autres personnes qui participent aux procédures de passation de marchés publics".

23. **M. Loken** (États-Unis d'Amérique) dit au sujet du paragraphe 5 que l'on ne voit pas pourquoi il est nécessaire de suggérer la création d'un mécanisme formel dans ou par le Secrétariat pour suivre l'évolution des pratiques concernant l'utilisation de la Loi type et du Guide. Il propose de remplacer la première partie du paragraphe 5 par la formule suivante: "*Approuve* les efforts que déploie son Secrétariat pour suivre l'évolution des pratiques et diffuser des informations concernant l'utilisation de la Loi type et du Guide".

24. *Il en est ainsi décidé.*

25. **M. Loken** (États-Unis d'Amérique) dit que l'on ne voit pas clairement si le terme "coordination" au paragraphe 6 se rapporte aux organismes s'occupant

de la réforme de la passation des marchés ou à la coordination avec d'autres mécanismes, ou si le but est de souligner l'importance de ces mécanismes.

26. **M^me^ Nicholas** (Secrétariat) dit que l'intention est d'insister sur l'importance des mécanismes. Elle propose d'ajouter "d'" avant "autres mécanismes" pour plus de clarté.

27. **M. Loken** (États-Unis d'Amérique) dit que le membre de phrase commençant par "pour accroître la coordination" devrait être remplacé par la formulation plus simple qui a été utilisée dans la décision de l'année précédente.

28. *Le document A/CN.9/XLV/CRP.2, tel que modifié oralement, est adopté*.

29. *L'ensemble du Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, tel que modifié oralement, est adopté*.

**Travaux futurs dans le domaine de la passation de marchés publics et dans les domaines connexes** (*suite*) (A/CN.9/XLV/CRP.1/Add.3)

*A/CN.9/XLV/CRP.1/Add.3*

30. **Le Président** invite le Rapporteur à présenter la section du projet de rapport de la Commission relative aux travaux de sa quarante-cinquième session concernant les travaux futurs dans le domaine de la passation des marchés publics et dans les domaines connexes.

31. **M. Mugasha** (Ouganda), Rapporteur, présente le document A/CN.9/XLV/CRP.1/Add.3.

32. **M. Loken** (États-Unis d'Amérique) dit que le mot "possibles" devrait être ajouté après les mots "travaux futurs" au paragraphe 1.

33. *Il en est ainsi décidé.*

34. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique) dit qu'une loi type ne réglementerait rien directement, mais fournit une base pour la promulgation de lois qui le font. Il serait plus exact de dire qu'une loi type fournit des orientations pour la planification des marchés.

35. **M^me^ Nicholas** (Secrétariat) dit que le mot "réglementerait" pourrait être remplacé par le mot "aborderait".

36. M^me^ Nicholas (Secrétariat), répondant à la question posée par le représentant de la France, dit que FIDIC est l'acronyme français de Fédération internationale des ingénieurs-conseils; une explication sera fournie à cet effet plus haut dans le texte.

37. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) dit que la FIDIC est une organisation non gouvernementale active dans le domaine de la production de contrats types et qu'elle a participé dans le passé aux travaux de la CNUDCI.

38. **M. Wang** (Norvège) dit que le paragraphe 5 devrait inclure la durabilité et la protection de l'environnement parmi les sujets des notes d'orientation qu'envisage la Commission, puisqu'il n'y a pas eu d'opposition à l'inclusion de ce sujet pendant la discussion préalable. En conséquence, il convient de supprimer la seconde moitié du paragraphe 4 e), qui semble indiquer que la mise en place des capacités est jugée plus importante que la fourniture d'orientations sur le sujet de la durabilité et de la protection de l'environnement.

39. **M. Loken** (États-Unis d'Amérique) dit qu'il serait possible d'insérer un point après le mot "nécessaires" au paragraphe 4 e) et que le dernier membre de phrase pourrait devenir une phrase distincte, afin de préserver l'idée que la mise en place des capacités nécessaires est importante.

40. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique) dit que la question de l'entrepreneur empêché de vendre l'objet d'une concession à une autre entité sans le consentement du gouvernement a déjà été réglée dans la Loi type, contrairement à ce qu'indique le paragraphe 14.

41. **M^me^ Nicholas** (Secrétariat) dit que le texte rend compte de ce qui a été dit au cours de la discussion. Elle suggère de libeller le paragraphe comme suit: "La Commission a en outre noté qu'il pourrait également être approprié d'inclure, dans les travaux futurs consacrés aux partenariats entre secteur public et secteur privé, d'autres questions non encore traitées par les instruments de la CNUDCI relatifs aux projets d'infrastructure à financement privé, comme le fait d'empêcher ou non un entrepreneur de vendre l'objet d'une concession à une autre entité sans le consentement du gouvernement".

42. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique) a proposé d'insérer le mot "possibles" après "travaux" et de supprimer le mot "les" avant "principales questions à traiter" à la quatrième ligne du paragraphe 15.

43. **M. Bellenger** (France) dit qu'au paragraphe 13 de la version française, les mots "élaborer des règlements" devraient être remplacés par "élaborer des règles". Il aimerait savoir ce que l'on entend par "en associant les investisseurs à l'élaboration" des règles et règlements qui s'appliquent à eux. Cela signifie-t-il que les investisseurs pourraient être appelés à participer au travail de la Commission? Il demande aussi de préciser à quoi renvoient les "autres organismes" visés à la dixième ligne du paragraphe 15.

44. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique) dit que, dans plusieurs pays, y compris le sien, le processus de "publication pour commentaire" des projets de réglementation donne aux parties intéressées l'occasion d'exprimer leur avis. Il suggère que l'on pourrait de même demander aux investisseurs de commenter les règles et règlements qui leur sont applicables, plutôt qu'être associés à leur élaboration.

45. **M^me^ Nicholas** (Secrétariat) suggère la formulation suivante: "... en donnant aux investisseurs la possibilité de commenter les règles et règlements...". En réponse à la question posée par le représentant de la France, elle dit que l'expression "autres organismes" au paragraphe 15 renvoie aux organisations non gouvernementales et intergouvernementales présentes à la session en cours. Elle peut le cas échéant en communiquer la liste.

46. *Le document A/CN.9/XLV/CRP.1/Add.3, tel que modifié oralement, est adopté*.

*La séance est suspendue à 16 h 50; elle est reprise à 17 h 10.*

**Promotion des moyens visant à assurer l'interprétation et l'application uniformes des textes juridiques de la CNUDCI** (A/CN.9/748)

47. **M. Lemay** (Division du droit commercial international), en présentant la note du Secrétariat sur le système de collecte et de diffusion de la jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI (ou système CLOUT) (A/CN.9/748), dit qu'au moment de la rédaction de la note, 116 numéros du Recueil de jurisprudence rendant compte de 1 134 affaires avaient été préparés pour publication. Le réseau de correspondants nationaux, qui constitue l'épine dorsale du système, est en cours de rationalisation afin de renforcer sa viabilité et de le rendre plus réactif à l'évolution des circonstances. Les États ont dès lors été invités à désigner ou redésigner leurs correspondants nationaux avec effet à compter du premier jour de la session actuelle. Vingt-huit États ont donné suite à cette demande.

48. La note rend aussi compte de l'élaboration d'un précis de jurisprudence concernant la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale. La Commission souhaitera peut-être étudier l'opportunité d'un tel projet et le Secrétariat pourrait utilement étudier la possibilité de collaborer avec les correspondants nationaux et d'autres experts à cette fin. Il rappelle à la Commission que le système CLOUT nécessite beaucoup de ressources. Vu l'absence de toute augmentation des ressources, le Secrétariat a affiné une proposition de projet visant à mobiliser les fonds supplémentaires nécessaires pour maintenir et développer le système. Le projet testerait aussi la faisabilité d'une "communauté de praticiens" au profit des membres de la communauté juridique insuffisamment informés des textes de la CNUDCI, ce qui serait particulièrement précieux pour les pays en développement et les économies en transition. Le Secrétariat sollicite dès lors l'aide des États et d'autres bailleurs de fonds.

49. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique) dit que l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) a récemment cessé de mettre à jour sa base de données, qui était très incomplète. Il est un fait qu'une base de données juridique n'est utile pour les juristes qu'à condition qu'elle couvre toutes les affaires. Le problème est le manque de ressources, tant pour la CNUDCI que pour UNIDROIT. Il rappelle aux membres de la Commission le Réseau mondial d'informations juridiques (GLIN) de la Bibliothèque du Congrès, dont le but est de rendre disponible en ligne l'ensemble des traités, des règlements, des lois et des décisions judiciaires. D'autre pays, notamment le Chili, participent à des initiatives similaires.

50. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) dit que la Commission ne peut offrir de reprendre le moindre aspect de la base de données d'UNIDROIT, du fait de son propre manque de ressources. Le réseau GLIN présente un grand intérêt, mais il a ses propres problèmes de financement qui pourraient remettre en question son existence future sous sa forme actuelle. Idéalement, le système CLOUT pourrait nouer des

liens plus étroits avec ce réseau, mais la prudence s'impose.

51. **Le Président** demande si le moment n'est pas venu pour la Commission d'élargir son travail relatif aux précis et s'il existe un consensus pour charger le Secrétariat d'élaborer un précis de jurisprudence concernant la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale.

52. **M. Loken** (États-Unis d'Amérique) exprime son soutien à l'idée d'un tel précis, sous réserve des contraintes en termes de ressources.

53. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) dit qu'il est plus facile d'obtenir des contributions d'experts extérieurs pour les précis que pour la tenue du système CLOUT. Les deux premiers précis ont bénéficié de la coopération d'universités et d'institutions de recherche, qui ont ajouté des éléments à la collection CLOUT. Bien que le travail lié aux précis ne constitue pas une charge supplémentaire, mais bien un stimulant pour le Secrétariat, il reste toutefois dans l'intérêt de la Commission d'attirer la collaboration non rémunérée d'experts extérieurs.

54. **M. Maradiaga** (Honduras) dit qu'une première étape essentielle consisterait à obtenir la participation de toutes les universités au travail de la Commission et de contribuer ainsi à assurer une couverture plus universelle des textes de la CNUDCI.

55. **M. Pérez-Cadalso Arias** (observateur de la Cour centraméricaine de justice) s'enquiert de l'approche qu'il est prévu d'adopter de la question de l'insolvabilité internationale, compte tenu de ses implications importantes pour le droit pénal. La Cour centraméricaine de justice est en passe de créer une chambre pénale dédiée à combattre l'impunité dans les affaires de criminalité transfrontière pour lesquelles l'extradition ne peut être obtenue.

56. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) dit que la Loi type de la CNUDCI sert de référence pour le travail de la Commission en matière d'insolvabilité, qui vise essentiellement à promouvoir l'entraide juridique. Le travail futur dans ce domaine doit encore être examiné, mais les États ont en commun une approche extrêmement circonspecte de l'ingérence possible de la Commission dans le droit pénal, qui relève de la compétence, en particulier, de l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime. La Commission a établi des indicateurs de la fraude et formule des remarques sur les matières pénales, mais elle ne peut aller au-delà de son mandat.

57. **Le Président** dit qu'il considère que la Commission souhaite charger le Secrétariat d'œuvrer à l'élaboration d'un précis de jurisprudence concernant la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, dans les limites des ressources disponibles.

**Résolutions pertinentes de l'Assemblée générale**

58. **M^me^ Musayeva** (Secrétariat) dit que la Commission souhaite peut-être prendre note des résolutions 66/94, 66/95 et 66/96 de l'Assemblée générale, qui concernent directement son travail. Elle relève que la résolution 66/102 sur la primauté du droit est également pertinente par rapport au travail de la Commission et sera examinée sous le point 21 de l'ordre du jour.

59. **M^me^ Millicay** (Argentine) regrette que la résolution 66/94 se borne à noter la tradition de l'alternance des sessions de la Commission entre New York et Vienne, étant donné qu'elle rend difficile l'obtention d'un financement supplémentaire pour maintenir cette pratique. Sa délégation estime que, chaque fois qu'il est fait référence aux besoins opérationnels de la Commission, y compris l'alternance des lieux pour ses sessions, la formulation adoptée pour la résolution devrait prendre la forme d'une recommandation.

60. **M. Maradiaga** (Honduras) dit que sa délégation a formulé à Vienne, en 2011, une demande à cet effet. Il approuve la suggestion de l'Argentine.

61. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) dit que le Secrétariat est reconnaissant aux délégations qui se sont efforcées de maintenir la pratique de l'alternance. Les observations de la représentante de l'Argentine ont été dûment notées par le Secrétariat, qui est ouvert à toutes les suggestions quant à la manière de convaincre l'Assemblée générale de poursuivre cette pratique, voire à améliorer l'affectation actuelle de ressources à la Commission.

62. **M^me^ Musayeva** (Secrétariat) rappelle qu'outre les résolutions précitées, adoptées sur recommandation de la Sixième Commission, l'Assemblée générale a, sur recommandation de la Cinquième Commission, adopté en 2011 la résolution 66/246, dont le paragraphe 48 prévoit des ressources pour les objets

de dépense autre que les postes, pour qu'il soit possible de financer les services à fournir à la Commission et de maintenir le dispositifs d'alternance entre Vienne et New York.

63. **Le Président** considère que la Commission souhaite prendre note des résolutions 66/94, 66/95 et 66/96 de l'Assemblée générale.

64. **M^me^ Millicay** (Argentine) regrette la décision de la Commission d'opérer dans les limites des ressources existantes, dont un des effets est de limiter le nombre de documents imprimés disponibles aux délégations. Sa délégation invite les services de conférence à faire tout ce qui est possible pour fournir tous les documents nécessaires.

*La séance est levée à 18 heures.*

# Finalisation et adoption des 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, tel que révisé en 2010

## Arbitrage et conciliation: rapport d'activité du Groupe de travail II

## Compte rendu analytique de la 952e séance tenue au Siège, à New York, le lundi 2 juillet 2012, à 10 heures

[A/CN.9/SR.952]

*Président*: M. Sikirić (Croatie)

*La séance est ouverte à 10 h 30.*

**Finalisation et adoption des 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, tel que révisé en 2010** (A/CN.9/746 et Add.1 et A/CN.9/747 et Add.1)

1. **Mme Gross** (Secrétariat), présentant la version révisée du projet de recommandations (A/CN.9/746 et Add.1), dit que la Commission a demandé au Secrétariat de réviser les recommandations existantes après l'adoption du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, tel que révisé en 2010. Conformément à son mandat, le Secrétariat s'est inspiré du modèle des recommandations de 1982, ce qui signifie que les documents reproduisent le même format. Une nouvelle section figurant dans le document A/CN.9/746/Add.1, porte sur les institutions d'arbitrage agissant en tant qu'autorités de nomination. Au cours de ses travaux, le Secrétariat a consulté les institutions d'arbitrage partout dans le monde. Le cas échéant, les recommandations révisées fournissent des exemples de la pratique réelle, en incluant en notes de bas de page des liens aux sites Web des organismes respectifs. À cet égard, elle précise que, dans la note de bas de page 4, la Chambre de commerce et d'industrie du Qatar devrait être ajoutée à la liste des institutions d'arbitrage participant au processus de consultation et que la note de bas de page suivante devrait être insérée au paragraphe 17, après la phrase "les dispositions de l'alinéa f) de l'article 40 ne s'appliquent pas": "Une institution d'arbitrage pourrait cependant retenir l'alinéa f) de l'article 40 dans le cas où l'institution d'arbitrage n'agirait pas en tant qu'autorité de nomination. Par exemple, la Chambre de commerce et d'industrie du Qatar déclare ce qui suit à l'alinéa h) du paragraphe 2 de l'article 43 de son Règlement d'arbitrage, qui est fondé sur le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, tel que révisé en 2010: 'Les honoraires et frais de l'autorité de nomination lorsque le Centre n'est pas désigné comme autorité de nomination'."

2. **Mme Nesdam** (Norvège) affirme que le Secrétariat lui a demandé de présenter les observations de la Norvège oralement, car il semblerait que son courriel ait été bloqué. Son pays est d'avis que les paragraphes 7 et 8 des recommandations révisées devraient stipuler clairement que les institutions pourraient rédiger leurs règles d'arbitrage selon le format le mieux adapté à leurs traditions juridiques pour autant qu'ils restent fidèles au fond du Règlement d'arbitrage. En outre, du fait que les règles institutionnelles d'arbitrage sont assujetties au droit national, une discussion sur la conception des règles de la CNUDCI en fonction du droit national de la juridiction applicable devrait être incorporée aux paragraphes 9 à 17.

3. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) affirme qu'à l'instar de tous les textes de la CNUDCI les règles d'arbitrage n'ont aucun caractère obligatoire. Par conséquent, il est particulièrement tentant pour les institutions qui les adoptent de les réviser afin de les adapter à un ensemble particulier d'utilisateurs, à l'encontre de leur vocation normative. Beaucoup de temps et d'efforts ont été investis pour faire en sorte que le Règlement, tel que libellé, soit acceptable pour tous. La Commission a le devoir de rappeler aux utilisateurs de coller au maximum au texte et non pas de les encourager à prendre de plus grandes libertés.

4. **Mme Gross** (Secrétariat) dit qu'en vertu de son mandat le Secrétariat doit suivre le modèle des

recommandations de 1982 qui, aux paragraphes 10 et 11, demandent aux institutions qui adoptent le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de s'abstenir d'y apporter des modifications. Le fait de trop s'éloigner des recommandations de 1982 risquerait de donner l'impression que le Règlement d'arbitrage contient plus de révisions que ce n'est réellement le cas.

5. **M. Bellenger** (France) se dit surpris de constater que les recommandations révisées n'aient pas été soumises au Groupe de travail. Dans le cadre de la Commission, les délégations ne disposent pas de l'expertise nécessaire pour en discuter. Sa délégation n'est donc pas en position de donner son avis sur la proposition norvégienne.

6. **M^me^ Gross** (Secrétariat) précise que le Secrétariat a agi conformément au paragraphe 189 du rapport de la Commission à sa quarante-troisième session (A/65/17), qui demande au Secrétariat de rédiger des recommandations révisées et de les présenter à la Commission et non pas au Groupe de travail.

7. **M. Schoefisch** (Allemagne) déclare que, n'étant lui-même pas un expert, il serait incapable d'évaluer le bien-fondé de la proposition norvégienne. La Commission devrait peut-être convenir d'une procédure pour examiner comme il se doit les observations qui n'ont pas été présentées plus tôt en raison de problèmes techniques.

8. **M^me^ Matias** (Israël) précise que sa délégation n'appuie pas les modifications proposées par la Norvège. Comme le Règlement d'arbitrage a pour but de faire en sorte que tous les tribunaux soient également en mesure d'examiner les questions dont ils sont saisis, il est important que les pays adoptent des textes essentiellement identiques.

9. **M^me^ Sabo** (Canada) déclare que les recommandations ont pour but de faciliter le recours au Règlement d'arbitrage tel qu'adopté par la Commission et que sa délégation n'appuierait aucune modification du libellé qui consisterait essentiellement à ouvrir la porte à une modification du Règlement.

10. **Le Président** croit comprendre que la Commission souhaite rejeter la proposition norvégienne.

11. *Il en est ainsi décidé.*

12. **M^me^ Escobar Pacas** (El Salvador) dit que, comme les observations de son pays n'ont pas été reçues non plus, elle les présenterait oralement. Premièrement, le paragraphe 11 des recommandations stipule que le paragraphe 2 de l'article premier du Règlement d'arbitrage définit la date d'entrée en vigueur du Règlement, alors qu'en fait il définit la date à partir de laquelle les parties à un accord d'arbitrage seraient présumées se référer au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI en vigueur. Pour éviter toute confusion, elle suggère le libellé suivant: "Le paragraphe 2 de l'article premier du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI définit la date à partir de laquelle les parties à un accord d'arbitrage sont présumées s'être référées au Règlement en vigueur à la date du début du processus d'arbitrage. Il est clair que les règles institutionnelles fondées sur le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI seront en vigueur pendant une période donnée, mais que, par la suite, les parties se réfèreront à la version courante des règles institutionnelles. Dans l'intérêt de la sécurité juridique, les règles d'arbitrage institutionnelles devraient indiquer la date à partir de laquelle les parties seront présumées s'être référées aux règles en vigueur, de façon à ne laisser aucun doute sur la version applicable."

13. Deuxièmement, pour éviter de donner l'impression que la clause d'arbitrage type du Règlement d'arbitrage a été révisée, le texte espagnol du projet de modèle de clause figurant au paragraphe 26 des recommandations devrait être harmonisé avec le libellé espagnol de clause d'arbitrage type sur lequel il est fondé.

14. **M. Madrid Parra** (Espagne) déclare que l'Espagne a présenté la même observation au sujet du paragraphe 26 (A/CN.9/747). Il convient avec le représentant de l'Allemagne qu'une procédure devrait être adoptée pour permettre d'examiner comme il se doit les observations présentées oralement en raison de problèmes techniques.

15. **M^me^ Sabo** (Canada) dit que les problèmes soulevés par El Salvador et l'Espagne semblent concerner des modifications rédactionnelles et devraient être réglés par le Secrétariat.

16. **Le Président** annonce qu'en l'absence d'objection, il considérera que la Commission souhaite charger le Secrétariat d'effectuer les modifications requises.

17. *Il en est ainsi décidé.*

18. **M. Loken** (États-Unis d'Amérique), en référence au paragraphe 40 du document A/CN.9/746/Add.1, dit qu'il est nécessaire de clarifier la signification de la phrase suivante: "Ce mécanisme n'est pas censé provoquer de retards, dans la mesure où il est demandé à l'autorité de nomination d'intervenir dans le processus de nomination." Pour la rendre intelligible, les mots "il est demandé à l'autorité de nomination d'intervenir" devraient être remplacés par "quoi qu'il en soit, l'autorité de nomination devra intervenir". Au paragraphe 44, qui contient des recommandations sur la nomination d'un arbitre-président, le membre de phrase "il est tenu compte, entre autres facteurs" est trop normatif et devrait être remplacé par "il pourrait être tenu compte, entre autres facteurs". Le paragraphe 44 stipule également que la nationalité de l'arbitre-président devrait différer de celle des parties, alors que le Règlement dit clairement que seule l'autorité de nomination devrait "tenir compte du fait qu'il peut être souhaitable" de nommer un arbitre d'une nationalité différente. La meilleure solution consisterait probablement à supprimer la phrase "et de sa nationalité, dont il est recommandé qu'elle diffère de celle des parties".

19. **M^me^ Sabo** (Canada) affirme que sa délégation ne pense pas que la recommandation figurant au paragraphe 44 soit tellement différente des termes du Règlement d'arbitrage, mais elle estime que si la mention de la nationalité doit être supprimée du paragraphe 44, elle devrait également l'être du paragraphe 38.

20. **Le Président** suggère de demander au Secrétariat d'apporter les ajustements nécessaires au paragraphe 38.

21. *Il en est ainsi décidé.*

22. **M. Loken** (États-Unis d'Amérique) rappelle que la dernière phrase du paragraphe 53 du document A/CN.9/746/Add.1, qui porte sur les circonstances exceptionnelles dans lesquelles une partie peut être privée de son droit de nommer un arbitre remplaçant, donne les exemples suivants de telles circonstances: "si par exemple elle recourait à des manœuvres dilatoires dans la procédure de remplacement d'un arbitre, ou le comportement fautif d'un arbitre, s'il est manifestement imputable à la partie". Il ne se souvient d'aucune mention, pendant les délibérations du Groupe de travail, de l'exemple d'une partie ayant recours à des tactiques dilatoires en ce qui concerne le remplacement d'un arbitre et il suggère d'éliminer la phrase en question.

23. **Le Président** propose que la dernière phrase du paragraphe 53 soit modifiée de façon à se lire comme suit: "Ces circonstances exceptionnelles pourraient inclure les cas de conduite inappropriée d'une partie ou d'un arbitre, par exemple, la conduite inappropriée d'un arbitre pouvant être clairement attribuable à la partie."

24. **M^me^ Sabo** (Canada) déclare que sa délégation ne s'oppose pas à l'exemple d'une partie ayant recours à des manœuvres dilatoires, bien qu'il puisse y en avoir d'autres. Cependant, l'exemple portant sur le comportement inapproprié d'un arbitre déplace l'objet du paragraphe, qui porte sur le comportement fautif de la partie. L'exemple de l'"arbitre" devrait être remplacé ou, sinon, reformulé de façon à bien montrer que la faute incombe à la partie.

25. **M. Loken** (États-Unis d'Amérique) s'oppose à l'exemple de comportement dilatoire en faisant valoir que la mesure consistant à priver une partie d'un droit aussi fondamental que le droit de nommer un arbitre devrait être réservée pour les comportements vraiment scandaleux.

26. **M. Maradiaga** (Honduras) dit que le Règlement d'arbitrage a pour but de faciliter le règlement rapide des différends. Le fait qu'une partie tente délibérément de retarder le règlement d'un dossier peut constituer une raison suffisante pour l'autorité de nomination de la priver de son droit de nommer un arbitre.

27. **M. Loken** (États-Unis d'Amérique) note que le paragraphe 53 stipule déjà que la décision de priver une partie de son droit de nommer un arbitre "doit se fonder sur une faute d'une partie à l'arbitrage" et "ne saurait être soumise à des critères définis". La meilleure solution consisterait simplement à supprimer la dernière phrase.

28. *Il en est ainsi décidé.*

29. **M. Loken** (États-Unis d'Amérique), se référant au paragraphe 54 portant sur la façon dont une autorité de nomination devrait procéder pour décider s'il est approprié d'autoriser un tribunal arbitral incomplet à poursuivre l'arbitrage en vertu de l'alinéa b) du paragraphe 2 de l'article 14, s'interroge sur la

déclaration de la première phrase, selon laquelle "l'autorité de nomination doit tenir compte du stade de la procédure". Il croit comprendre qu'il est admissible de procéder avec un tribunal incomplet seulement après la clôture de la procédure. Par conséquent, la précision de la phrase serait donc accrue en remplaçant le membre de phrase "tenir compte du stade de la procédure" par "confirmer en premier lieu la clôture de toutes les audiences". De plus, dans la dernière phrase du même paragraphe, l'expression "droit applicable" devrait être remplacée par "droit pertinent", de façon à éviter d'introduire des questions relatives au droit applicable.

30. **M^me^ Gross** (Secrétariat), se référant à la modification proposée dans la première phrase du paragraphe 54, convient qu'un tribunal incomplet ne saurait procéder avant la clôture des audiences. Cependant, l'intention du paragraphe serait mieux assurée en laissant la première phrase telle quelle et, au début de la deuxième phrase, en remplaçant le membre de phrase "Si les audiences sont déjà closes" par "Gardant à l'esprit que les audiences sont closes".

31. *Il en est ainsi décidé.*

32. **M. Loken** (États-Unis d'Amérique) souhaite proposer deux autres modifications au document A/CN.9/746/Add.1. Dans l'avant-dernière phrase du paragraphe 58, le membre de phrase "Si l'autorité de nomination n'agit pas" devrait être remplacé par "Si l'autorité de nomination n'a pas encore été désignée et si elle n'agit pas" et, dans la première phrase du paragraphe 60, les mots "dans son examen" devraient être clarifiés pour se lire "si l'ajustement des honoraires et des dépenses est nécessaire".

33. **Le Président** déclare qu'il fera en sorte que les différents points de vue exprimés, notamment au sujet de la proposition norvégienne, soient reflétés dans le rapport de la Commission. Le Président annonce qu'en l'absence d'objection concernant les propositions formulées par les États-Unis, il considérera que la Commission souhaite les adopter telles que révisées oralement.

34. *Il en est ainsi décidé.*

35. *Les documents A/CN.9/746 et Add.1, tels que révisés oralement, sont adoptés.*

*La séance est suspendue à 12 h 30; elle est reprise à 12 h 40.*

*Projet de décision portant adoption des 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, tel que révisé en 2010* (A/CN.9/XLV/CRP.3)

36. **M^me^ Mwaura** (Kenya) propose que les mots "milieux intéressés" soient remplacés par "organismes intéressés" et que la référence à l'annexe du rapport soit remplacée par une référence à l'annexe exacte, soit, selon le Président, annexe I.

37. *Il en est ainsi décidé.*

38. *Le projet de décision A/CN.9/XLV/CRP.3, tel que modifié oralement, est adopté.*

**Arbitrage et conciliation: rapport d'activité du Groupe de travail II** (A/CN.9/736 et A/CN.9/741)

39. **Le Président**, attirant l'attention de la Commission sur les rapports du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) sur les travaux de ses cinquante-cinquième et cinquante-sixième sessions (A/CN.9/736 et A/CN.9/741), consacrés à l'élaboration d'une norme juridique sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités, déclare que la Commission est appelée à prendre acte de ces travaux.

40. **M. Schoefisch** (Allemagne) dit que son pays, en prenant acte des progrès réalisés par le Groupe de travail, souhaite demander qu'il termine ses travaux avant la quarante-sixième session de la Commission.

41. **M^me^ Sabo** (Canada) dit que le Canada est satisfait des progrès du Groupe de travail à ce stade sur ce que son gouvernement considère être un projet très important. Elle engage les États membres à rechercher des solutions créatives qui permettraient aux États d'appliquer les règles sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités non seulement aux traités futurs, mais aussi aux traités existants.

42. **M. Bellenger** (France) est quelque peu préoccupé par la lenteur des progrès du Groupe de travail et sa préoccupation par les détails techniques, notamment le champ d'application de l'article premier du projet de règlement, auquel il semble avoir consacré la plus grande partie de sa cinquante-sixième session. La

Commission devrait faire part de son inquiétude, rappeler au Groupe de travail la nature de son mandat et l'encourager à adopter des méthodes de travail plus efficaces. Ayant apparemment réalisé un consensus sur les questions de fond, il devrait se hâter de finaliser le projet de norme.

*La séance est levée à 13 heures.*

**Arbitrage et conciliation: rapport d'activité du Groupe de travail II** (*suite*)

**Élaboration d'un guide sur la Convention de New York de 1958**

**Concours d'arbitrage commercial international**

**Règlement de litiges en ligne: rapport d'activité du Groupe de travail III**

**Compte rendu analytique de la 953e séance tenue au Siège, à New York, le lundi 2 juillet 2012, à 15 heures**

[A/CN.9/SR.953]

*Président*: M. Sikirić (Croatie)

*La séance est ouverte à 15 h 20.*

**Arbitrage et conciliation: rapport d'activité du Groupe de travail II** (*suite*) (A/CN.9/736 et A/CN.9/741)

1. **M. Loken** (États-Unis d'Amérique) se reportant aux préoccupations exprimées par le représentant de la France à la séance précédente, dit que malgré le ralentissement de son rythme de travail le Groupe de travail II a réalisé de notables progrès, en considération du caractère délicat des questions abordées et du fait que la transparence en matière d'arbitrage est une notion nouvelle pour beaucoup de délégations. Des questions complexes d'interprétation des traités et de politique générale doivent être étudiées; par ailleurs, les questions d'application ne peuvent être séparées du contexte des normes qui sont mises au point. Étant donné les divergences apparues au sein du Groupe de travail sur des questions de forme, la délégation des États-Unis appuie l'appel en faveur de solutions novatrices afin qu'il puisse terminer ses travaux avant l'été prochain.

2. **Mme Escobar Pacas** (El Salvador) exprime la même préoccupation au sujet de la lenteur des travaux. Le Groupe de travail doit s'occuper des questions essentielles afin d'accélérer et de terminer ses travaux en temps voulu.

3. **Mme Matias** (Israël) est d'accord pour que les travaux se terminent dans les délais prescrits, et convient que les nouvelles questions qui sont complexes exigent une attention spéciale car elles ont des effets considérables s'agissant de la rétroactivité et de l'applicabilité des traités existants.

4. **Mme Malaguti** (Italie) dit qu'en raison du transfert de compétences à l'Union européenne, la question de toute position nationale dans la région n'est plus soulevée. Les États Membres cherchent actuellement des solutions communes et devront parvenir très rapidement à une position conjointe sur la question.

5. **Mme Millicay** (Argentine) signale que de nombreuses délégations ont de la difficulté à trouver un accord sur le règlement en raison de la distinction entre forme et teneur: la teneur du règlement relatif à la transparence sera déterminée par leur champ d'application. Elle note qu'il a été convenu (A/CN.9/741, par. 59) que les délégations qui le souhaitaient pourraient toujours formuler leurs propositions à la prochaine session du Groupe de travail.

6. **M. Zhang** Chen Yang (Chine) précise qu'après l'adoption du nouveau règlement sur la transparence, il conviendra de réserver suffisamment de temps à la question de sa mise en application, qui doit être progressive. En raison des différences entre les situations et les besoins particuliers des pays, ce règlement sera interprété de diverses manières. La délégation chinoise appuie l'option 2 afférente à l'article 1-1 du projet de règlement (A/CN.9/WG.II/WP.169, par. 8) disposant que le règlement s'applique aux arbitrages entre investisseurs et États engagés en vertu d'un traité prévoyant la protection des investissements ou des investisseurs lorsque celui-ci prévoit expressément l'application du règlement.

7. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) fait observer qu'étant donné que l'application et

l'interprétation de traités existants dépassent la question de l'arbitrage et touchent à des questions de fond du droit des traités, il importe que les délégations s'assurent l'appui d'experts en droit public international.

8. **Le Président** propose que dans son rapport la Commission appuie les travaux du Groupe de travail; qu'elle se déclare satisfaite des travaux du Secrétariat et demande au Groupe de travail de poursuivre ses efforts pour élaborer le texte du règlement sur la transparence afin que la Commission puisse l'examiner à sa prochaine session.

9. **M^me^ Sabo** (Canada) doute qu'il soit sage de demander au Groupe de travail de présenter un texte définitif à la prochaine session. Elle pense plutôt qu'il devrait être encouragé à terminer ses travaux avant cette session.

10. **M^me^ Matias** (Israël) approuve et suggère à son tour que le Groupe de travail soit prié d'accélérer ses travaux d'ici à la prochaine session, plutôt que de produire un texte définitif.

11. **M. Maradiaga** (Honduras) trouve qu'il serait plus prudent de demander au Groupe de travail de terminer ses travaux dès que possible.

12. **M. Loken** (États-Unis d'Amérique), appuyé par **M^me^ Millicay** (Argentine), **M. Zhang** Chen Yang (Chine) et **M. Madrid Parra** (Espagne), suggère que dans son rapport la Commission réaffirme son mandat d'assurer la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités et, dans ce contexte, encourage le Groupe de travail à continuer de progresser en vue d'une adoption du règlement nécessaire dans les délais prescrits.

13. **M. Schoefisch** (Allemagne) estime qu'il ne suffit pas d'encourager simplement le Groupe de travail à poursuivre ses efforts; il faudrait lui demander de fournir des propositions avant la prochaine session.

14. **M. Sánchez Contreras** (Mexique) dit qu'après l'adoption de la norme proposée, la délégation mexicaine estime que le nouveau règlement sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur les traités devrait être applicable à toutes les procédures d'arbitrage, dans le cadre du droit national. Elle estime en outre que l'applicabilité de ce règlement doit être déterminée par les États et non par les investisseurs. Enfin, l'intervenant soulève la question du coût d'établissement d'un centre chargé de conserver l'information publiée ("registre") sur le processus d'arbitrage, et suggère que l'on fixe une date limite de deux ans au Groupe de travail pour achever ses travaux.

15. **M. Mazzoni** (Observateur de l'Institut international pour l'unification du droit privé, UNIDROIT) fait observer que la question principale qui est d'ordre politique n'a pas été abordée. On ne peut progresser au niveau technique si l'on ne se penche pas sur les choix politiques. Dans le cas de l'Union européenne, les traités d'investissement sont devenus tributaires des règlements communautaires: les traités d'investissement bilatéraux ont été remplacés par les traités de l'Union européenne. La question est de savoir si le nouveau règlement sur la transparence s'appliquera aux traités conclus avant son adoption.

16. **Le Président** dit qu'il croit comprendre que la Commission souhaite réaffirmer qu'il importe d'assurer la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités, et demander au Groupe de travail de poursuivre ses efforts et de mener à bien ses travaux consacrés au règlement sur la transparence afin de le soumettre à l'examen de la Commission, de préférence à sa prochaine session.

17. *Il en est ainsi décidé.*

18. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) rappelle à la Commission qu'il avait été convenu à la quarante-quatrième session (A/CN.9/WG.II/WP.168, par. 18) que l'Aide-mémoire de la CNUDCI sur l'organisation des procédures arbitrales de 1996 aurait peut-être besoin d'être actualisé éventuellement dans le cadre des travaux futurs du Groupe de travail II.

19. **M^me^ Sabo** (Canada) déclare que la délégation canadienne persiste à croire qu'il importe de réviser cet aide-mémoire mais que la Commission devrait attendre l'année prochaine pour décider si la tâche doit être confiée au Secrétariat ou au Groupe de travail.

20. **Le Président** répond que de toute manière la tâche ne peut être entreprise avant que le Groupe de travail ait terminé ses travaux sur la transparence.

21. **M. Loken** (États-Unis d'Amérique) aimerait avoir des éclaircissements sur les rôles respectifs du Secrétariat et du Groupe de travail. Il a cru comprendre

au début que le Secrétariat se chargerait d'une révision du projet, qui serait transmise au Groupe de travail avant d'être examinée par la Commission. La délégation des États-Unis n'appuie pas l'idée de confier la révision au Groupe de travail et estime que, le moment venu de prendre une décision, il serait plus normal que ce soit le Secrétariat qui se charge de cette tâche.

22. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) dit que l'essentiel est de reconnaître la nécessité d'entreprendre la révision le plus tôt possible. Les modalités en seront fixées en 2013.

23. **M. Madrid Parra** (Espagne) précise qu'indépendamment du rôle du Secrétariat, c'est à la Commission qu'il appartient de décider si le mandat doit être dévolu au Groupe de travail ou à la Commission.

24. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) explique que les attributions du Secrétariat resteront les mêmes dans tous les cas. Si la Commission juge nécessaire de recourir aux compétences d'experts non gouvernementaux, une réunion au moins du Groupe de travail sera requise.

25. **Le Président** croit comprendre que la Commission souhaite prendre acte du fait que la prochaine tâche du Secrétariat sera d'entreprendre la révision de l'Aide-mémoire sur l'organisation des procédures arbitrales, comme il a été entendu précédemment, et qu'elle décidera lors d'une prochaine session si la révision du projet d'aide-mémoire sera examinée par le Groupe de travail avant son renvoi à la Commission.

26. *Il en est ainsi décidé.*

### Élaboration d'un guide sur la Convention de New York de 1958

27. **M^me^ Gross** (Secrétariat) informe la Commission qu'un site Web a été créé en vue de mettre à la disposition du public l'information recueillie dans l'élaboration du guide sur la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères. Le secrétariat de la CNUDCI envisage de lier étroitement les affaires extraites du Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI (CLOUT) et les affaires présentées sur ce site Web.

### Concours d'arbitrage commercial international

28. **M^me^ Gross** (Secrétariat) donne acte de trois concours d'arbitrage commercial international qui ont eu lieu en 2012, sous l'égide de la Commission: le dix-neuvième concours annuel d'arbitrage commercial international Willem C. Vis, à Vienne; le neuvième concours annuel d'arbitrage commercial international Willem C. Vis (Est), à Hong-Kong et le quatrième concours annuel d'arbitrage commercial international, à Madrid.

*La séance est suspendue à 16 h 30; elle est reprise à 16 h 50.*

### Règlement des litiges en ligne: Rapport d'activité du Groupe de travail III (A/CN.9/739, A/CN.9/744)

29. **M. Lemay** (Division du droit commercial international), présente les rapports du Groupe de travail III sur ses vingt-quatrième et vingt-cinquième sessions (A/CN.9/739 et A/CN.9/744, respectivement) et note un certain nombre de corrections apportées au texte du dernier rapport du Groupe de travail: la deuxième phrase du paragraphe 132 a) fait double emploi avec le paragraphe 35 et a été supprimée dans le texte de la dernière version du document publié sur le site Web de la Commission. En outre, les références au document de travail 109 dans ce même rapport ont été modifiées pour renvoyer au document de travail 112, qui contient la dernière version du projet de règlement de procédure régissant la résolution de litiges en ligne dans les opérations internationales de commerce électronique, comme proposé à la vingt-cinquième session du Groupe de travail.

30. Depuis la vingt-troisième session du Groupe de travail, des progrès ont été accomplis quant à l'élaboration du projet de règlement de procédure. Le Groupe de travail a en outre abordé d'autres points relatifs à la résolution en ligne de litiges comme par exemple les principes régissant la résolution des litiges et l'application des décisions. On signale la décision de diviser l'article 4 du projet de règlement en deux parties, l'une se rapportant aux demandeurs et l'autre aux défendeurs, et de réexaminer l'article à la prochaine session du Groupe de travail. L'intervenant appelle l'attention des représentants sur le paragraphe 16 du rapport de la vingt-cinquième session (A/CN.9/744) à propos de la position du Groupe de travail sur le caractère contraignant du règlement et sur le fait qu'il s'applique par convention

entre les parties: “Il s’imposait donc à elles dans la mesure où la législation interne le permettait, et ne pouvait prévaloir sur les règles de droit impératives au niveau interne.” En réponse à la demande de la Commission à sa quarante-quatrième session, le Groupe de travail s’est penché sur les incidences de ses délibérations pour le consommateur et a expliqué sa position aux alinéas a) à c) du paragraphe 132 du rapport.

31. **M. Edokpa** (Nigéria) signale que l’utilisation d’Internet se généralise à un rythme accéléré dans les pays en développement, ce qui représente un énorme potentiel de création de richesses. Bien que le commerce en ligne prenne des proportions spectaculaires et ouvre l’accès aux marchés étrangers à des négociants de régions les plus reculées, et que le Nigéria compte le plus grand nombre d’internautes sur le continent africain, la crainte des risques associés à ce type de commerce et le scepticisme des consommateurs éloignent de nombreuses personnes du commerce électronique. Des études ont montré que les initiatives visant à prendre en compte les préoccupations associées aux opérations en ligne ont de bonnes chances d’accroître le cybercommerce au Nigéria.

32. Un accès plus facile à la justice et des systèmes de résolution des litiges équitables et abordables, qui assurent un règlement rapide des différends et une prompte application des décisions dans les litiges internationaux portant sur d’importants volumes, entre entreprises et entre entreprises et consommateurs, notamment dans le contexte de modestes opérations, inspireraient confiance aux consommateurs comme aux vendeurs. Le Groupe de travail a précédemment fait valoir que la protection du consommateur était une question régionale et internationale; que le règlement des litiges en ligne pourrait promouvoir la croissance économique dans les pays sortant d’un conflit et dans les pays en développement, et que le règlement de procédure devrait profiter aux pays en développement où la résolution des litiges en ligne est le seul moyen à la portée des demandeurs – souvent de petites et moyennes entreprises (PME) qui jouent un rôle vital dans les économies des pays en développement comme le Nigéria – placés dans une position défavorable par rapport à des acheteurs de pays développés.

33. Faute d’un système en mesure d’assurer un arbitrage de caractère définitif et contraignant, les consommateurs africains ne pourront poursuivre les vendeurs dans d’autres pays, alors que les vendeurs africains trouveront exorbitantes les sommes à débourser pour obtenir un dédommagement du consommateur étranger. Le mécanisme proposé devrait donner aux consommateurs comme aux vendeurs accès à la justice et une relative confiance dans les opérations et l’issue d’un éventuel différend. Cela étant, l’efficacité de la médiation et d’autres mécanismes non contraignants, en l’absence d’un mécanisme d’arbitrage à caractère définitif et contraignant, est plus que douteuse dans le contexte de litiges internationaux. La nature contraignante de la décision arbitrale est déterminante dans une procédure complète et effective de résolution d’un litige et devrait se retrouver dans le règlement. Le Groupe de travail devrait indiquer la manière dont le projet de règlement tient compte des besoins des pays en développement, notamment pour ce qui se rapporte à la question de l’arbitrage comme élément important du mécanisme.

34. **M^me^ Matias** (Israël) déclare que la délégation israélienne appuie la position exprimée par le représentant du Nigéria et recommande que la Commission transmette ce message au Groupe de travail. Notant que l’un des objectifs du règlement est de promouvoir la croissance économique dans les zones de conflit, l’intervenante donne lecture d’une lettre adressée à la Commission par la Chambre de commerce internationale (CCI) en Israël, selon laquelle le potentiel commercial israélo-palestinien n’a pas encore été pleinement réalisé, faute d’un mécanisme effectif de résolution des litiges et en raison d’un scepticisme mutuel à l’égard du système judiciaire de l’autre partie et du problème de l’exécution des jugements. Le Jerusalem Arbitration Center, initiative conjointe de la CCI-Israël et de la CCI-Palestine, est en cours d’instauration pour répondre au besoin d’un forum neutre de résolution des litiges, en mesure de prendre des décisions à caractère contraignant, applicables dans les deux juridictions.

35. Les travaux de recherche et l’expérience montrent qu’il existe un lien évident entre la croissance des échanges commerciaux et la confiance qu’inspirent la crédibilité et l’irrévocabilité de la procédure de résolution des litiges. La confiance dans le caractère exécutoire des opérations est cruciale, surtout lorsque les parties viennent de juridictions dotées de systèmes judiciaires très différents. En

l'absence d'un mécanisme de résolution des litiges, fiable et accessible, le commerce pourrait être entravé, en particulier lorsqu'il s'agit d'opérations de commerce électronique internationales de faibles montants et de volume important. Un mécanisme neutre de résolution des litiges donne aussi aux personnes se trouvant dans des régions dévastées par des conflits des raisons de faire confiance à un règlement équitable des litiges avec un risque réduit. L'enthousiasme avec lequel Palestiniens et Israéliens participent à la création de ce centre témoigne de la nécessité d'un mécanisme de ce type dans des zones où les conditions d'ordre politique ou autre rendent irréaliste le recours aux systèmes judiciaires locaux.

36. **M. Schoefisch** (Allemagne) note qu'il semble y avoir des divergences au sein du Groupe de travail quant à la question de savoir si celui-ci s'est suffisamment intéressé à la protection du consommateur, aux effets que le règlement pourrait avoir sur le consommateur, et si les décisions rendues en application du règlement doivent être contraignantes pour les parties.

37. Le Groupe de travail a clairement indiqué dans son rapport (A/CN.9/744, par. 2) que ses travaux "sont soigneusement définis afin de ne pas porter atteinte aux droits des consommateurs". Il est donc surprenant de voir par la suite dans ce document que les consommateurs devront abandonner quelque chose s'ils consentent à recourir au Règlement (A/CN.9/744, par. 22). La Commission a également demandé au Groupe de travail d'indiquer la manière dont les consommateurs pourraient être touchés. Au vu des contradictions évoquées, la déclaration du paragraphe 132 a) du rapport, qui tient en une phrase, est insuffisante et irrecevable.

38. S'agissant de l'effet contraignant du règlement de procédure, l'intervenant fait valoir que rendre le règlement contraignant pour les consommateurs signifie qu'un litige ne peut être porté devant les tribunaux, ce qui revient à dire que partout la protection des consommateurs est évincée. Il est possible que certains États souhaitent adopter une approche différente et restreindre le droit des consommateurs de porter l'affaire devant les tribunaux, ce qui doit être pris en considération et figurer dans le rapport. L'intervenant précise en outre que les décisions de caractère contraignant peuvent être compatibles avec la protection du consommateur si les décisions ne sont contraignantes que pour les entreprises, ce qui, le cas échéant, permet aux consommateurs de saisir les tribunaux. Le Groupe de travail devrait se réunir à nouveau dans un an et répondre à la demande initiale de la Commission, à savoir de s'expliquer sur les incidences que le règlement pourra avoir sur les droits des consommateurs, notamment les effets de décisions à caractère contraignant sur la protection des consommateurs.

39. Quant à la rectification apportée au texte du rapport du Groupe de travail par le Secrétariat pour transférer au paragraphe 35 la deuxième phrase du paragraphe 132, il convient de noter que le libellé du paragraphe 35 avait été modifié à partir du libellé initial du paragraphe 132. La phrase a également une portée différente dans son contexte originel, reflétant la position de nombreuses délégations, à savoir que le Groupe de travail devrait se pencher sur les effets de la procédure de règlement des litiges sur les consommateurs. Rappelant une proposition faite il y a quelques années par la délégation française sur les méthodes de travail, et dans le contexte des débats qui ont eu lieu au sein du Groupe de travail, l'intervenant déclare être dubitatif à l'égard de la rectification.

40. **M. Lemay** (Division du droit commercial international) précise que le Président du Groupe de travail a apporté la rectification sur la base d'un débat tenu à ce sujet et que la teneur du paragraphe 132 reflète pleinement ce débat.

41. **M. Sánchez Contreras** (Mexique) dit que l'accès à la justice est essentiel et que le mécanisme de résolution des litiges en ligne renforcera l'accès à la justice partout dans le monde, et pas seulement dans les pays en développement. Toutefois, le projet de règlement de procédure en ce qu'il porte sur l'achat et la vente de produits et de services, ne répond pas à la dynamique actuelle du marché. Les limites du montant des opérations doivent être fixées selon le secteur d'industrie et les types d'opérations internationales visées, plutôt que sur la base d'un modèle unique comportant les mêmes limites minimales et maximales pour tous les types d'opérations. Une telle approche va affaiblir le mécanisme et omettre les opérations communes comme l'achat de billets d'avion par une famille, ce qui peut facilement dépasser le maximum proposé. La question de la recherche de fora doit aussi être examinée dans le contexte du règlement des litiges

en ligne, vu les conséquences juridiques possibles pour le vendeur et le consommateur.

42. **M. Bellenger** (France) souscrit aux vues exprimées par le représentant de l'Allemagne et dit que la délégation française a des réserves en ce qui concerne les travaux du Groupe de travail. Il n'existe aucun cadre international pouvant servir de base à un règlement de procédure pour la résolution des litiges en ligne. La Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958 ne convient pas dans ce cas, étant donné que le règlement proposé n'offre pas de garanties de procédure répondant réellement aux critères de définition de l'arbitrage s'agissant de la reconnaissance et de l'exécution des sentences arbitrales, conformément au règlement. Le second problème majeur tient au fait que l'arbitrage dans le contexte des litiges avec les consommateurs menace les droits de ces derniers. De nombreux pays ont des lois relatives à la protection du consommateur et qui ne peuvent être contournées, et de ce fait le règlement proposé sera difficile à concilier avec les lois françaises ou européennes à ce sujet. Le Groupe de travail devra entreprendre une recherche approfondie concernant les incidences que le règlement pourrait avoir sur les consommateurs.

43. **M. Reyes Villamizar** (Colombie) souscrit à la position du Nigéria, s'agissant notamment de l'importance pour les pays en développement d'un mécanisme de résolution des litiges en ligne pour régler les différends internationaux touchant les consommateurs. Le règlement protègerait les PME, qui sont les principaux générateurs de croissance dans les pays en développement et ont du mal à accéder à la justice dans ces régions du monde, en raison de la fragilité des systèmes judiciaires locaux. Le mécanisme de résolution des litiges en ligne doit être contraignant tout en protégeant les droits fondamentaux des consommateurs. Toutefois, la faculté reconnue aux parties de résoudre leurs différends devant les tribunaux après qu'une sentence a été rendue par arbitrage est illogique, de même que la multiplication des coûts d'arbitrage, et créé une incertitude juridique. En outre, appuyant le représentant du Mexique, l'intervenant dit que la question du choix d'un forum pour la résolution des litiges en ligne devrait être étudiée de plus près.

44. **M. Madrid Parra** (Espagne) marque son accord avec la position et les préoccupations exprimées par la Colombie et le Nigéria, reconnaissant qu'il faut trouver le moyen d'aider un certain nombre de pays qui n'ont pas la possibilité de tirer parti du commerce électronique. Les orateurs précédents ont montré comment le règlement des litiges en ligne allait promouvoir le commerce international en instaurant un système qui simplifie la résolution des différends. Bien que l'Espagne ait elle aussi des lois sur la protection du consommateur, la délégation espagnole ne partage pas les vues des délégations d'autres pays de l'Union européenne, car le règlement ne contrevient pas à ces lois. L'intervenant note que la Commission a élaboré précédemment des règlements qui auraient pu affecter les consommateurs, comme la Loi type sur le commerce électronique, mais a inclus des dispositions stipulant que les règlements ne pouvaient être interprétés comme contredisant les lois nationales de protection des consommateurs. L'intervenant prie instamment les autres représentants de reconnaître qu'il existe au sein du Groupe de travail beaucoup plus de points d'accord que de désaccord. La résolution des litiges en ligne offre un outil à ceux qui en ont besoin, sans l'imposer à ceux qui n'en ont pas l'utilité.

45. **M. Wijnen** (Observateur des Pays-Bas) se range à l'avis des représentants de l'Allemagne et de la France et pense que le rapport du Groupe de travail de même que la présente discussion montrent que le Groupe de travail doit poursuivre ses efforts sur la question et faire rapport à la Commission d'ici un an. Il est évident que la Commission n'est pas prête à prendre une décision sur la question.

46. **M. Maradiaga** (Honduras) estime qu'un cadre juridique international uniforme est nécessaire pour traiter de la question de la résolution des litiges en ligne. La Commission répond aux besoins de la société dans ses travaux sur la protection des consommateurs, qui doivent être donnés comme exemple des travaux de la Commission dans le rapport à l'Assemblée générale.

47. **M^me^ Mokaya-Orina** (Kenya) déclare que le Gouvernement kényan a entrepris des réformes qui tendent à prendre en compte la question des droits et de la protection du consommateur. Un mécanisme de résolution des litiges en ligne révolutionnera les opérations commerciales mettant en jeu les PME et les institutions de microfinance au Kenya. En tant que

pays en développement, le Kenya, comme le Nigéria, se doit d'abord de prendre des dispositions pour que la population ait confiance dans le commerce électronique et pour renforcer ses capacités avant de débattre avec le peuple de la résolution des litiges en ligne. Elle fait valoir que la résolution des litiges en ligne doit être abordable, sinon ses objectifs seront irréalisables. La délégation kényane estime également que les décisions liées à la résolution des litiges en ligne ne doivent pas être contraignantes et que l'option de s'adresser aux tribunaux, qui sont des juridictions supérieures, doit subsister. La question de l'exécution des sentences rendues dans le contexte de la résolution de litiges en ligne dans diverses juridictions devrait être étudiée par la Commission dans ses travaux futurs. Cette question demande un examen approfondi afin de déterminer comment elle pourrait renforcer l'aspect arbitrage des travaux de la Commission.

48. **M. Ivančo** (République tchèque) souscrit à la position du représentant de l'Espagne et souligne que l'une des idées clefs exprimées au Forum international de résolution des litiges en ligne, tenu à Prague en 2012, est que la procédure doit être aussi simple que possible pour établir un système pratique et efficace. On ne peut y parvenir que par l'arbitrage et un mécanisme qui assurerait une solution rapide et contraignante.

49. **M^me^ Sabo** (Canada) dit que la délégation canadienne partage les préoccupations exprimées par les représentants de l'Allemagne et de la France ainsi que celles de la délégation du Nigéria en ce qui concerne l'accès à la justice et la nécessité d'un mécanisme simple pour la résolution des litiges. La plus grande difficulté vient de l'aspect de la question portant sur les opérations entre entreprises et consommateurs. La Convention de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales n'est pas un modèle approprié: le Groupe de travail tente de trouver une formule passe-partout mais on peut douter de la validité de cette approche. Pour éviter que l'élaboration du projet prenne des années, la Commission pourrait envisager de reporter l'examen de l'aspect entreprises et consommateurs pour se concentrer plutôt sur les opérations entre entreprises.

50. **M. Leinonen** (Observateur de la Finlande) souscrit à la position de la délégation allemande et dit que la délégation finlandaise est très optimiste, pensant que le projet de résolution des litiges en ligne pourra profiter à de nombreuses personnes et satisfaire les pays dont les économies ont besoin de moyens pour promouvoir le commerce électronique à l'intérieur et à l'extérieur. Il est nécessaire de répondre à certaines questions clefs, à savoir ce qu'il faut entendre par "accès à la justice" et la différence entre "arbitrage" et "résolution des litiges en ligne". En Finlande, comme dans beaucoup d'autres juridictions, "l'accès à la justice" signifie avoir accès au système judiciaire. Le Groupe de travail devrait poursuivre ses entretiens et faire rapport dans un an, délai qui permettra à la Commission d'être mieux en mesure de se prononcer sur la question.

51. **M^me^ Cap** (Autriche) dit que le débat montre qu'une issue positive au projet de résolution des litiges en ligne est dans l'intérêt de chacun. Cependant, la protection du consommateur est un sujet politiquement sensible. Le Groupe de travail devrait poursuivre ses travaux et faire rapport à la Commission sur les incidences que peut avoir sur la législation relative à la protection du consommateur, le mécanisme de résolution des litiges en ligne. Il est essentiel que toutes les délégations puissent s'exprimer sur tous les aspects du projet de règlement qui sont importants pour eux.

52. **M^me^ Escobar Pacas** (El Salvador) souscrit aux positions des représentants du Nigéria et de l'Espagne. Elle souligne toutefois que dans ses débats le Groupe de travail n'a jamais perdu de vue la protection du consommateur.

53. **M. Weise** (Observateur de l'American Bar Association) fait valoir que vu l'importance de la résolution des litiges en ligne, et l'intérêt potentiel qui en résulte pour toutes les parties prenantes, l'American Bar Association encourage vivement le Groupe de travail à poursuivre ses recherches dans le but de résoudre les questions soulevées durant la discussion.

*La séance est levée à 18 heures.*

**Règlement des litiges en ligne: rapport d'activité du Groupe de travail III** (*suite*)

**Commerce électronique: rapport d'activité du Groupe de travail IV**

**Élection des membres du Bureau**

**Travaux futurs envisageables dans le domaine du droit international des contrats**

**Compte rendu analytique de la 954e séance tenue au Siège, à New York, le mardi 3 juillet 2012, à 10 heures**

[A/CN.9/SR.954]

*Président*: M. Sikirić (Croatie)

*La séance est ouverte à 10 h 15.*

**Règlement des litiges en ligne: rapport d'activité du Groupe de travail III** (*suite*) (A/CN.9/739 et A/CN.9/744)

1. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique) indique que sa délégation souscrit à la déclaration faite la veille par la délégation nigériane, notamment la référence au rôle vital joué par les petites et moyennes entreprises (PME) ainsi que l'affirmation selon laquelle le règlement de procédure sera particulièrement bienvenu pour les pays en développement, où le règlement des litiges en ligne pourrait être la seule option disponible pour résoudre les litiges internationaux impliquant des consommateurs.

2. M. Wallace est d'accord avec l'affirmation d'Israël, faite également le jour précédent, selon laquelle le règlement des litiges en ligne est la seule chance pour les populations vivant dans des régions déchirées par des conflits ainsi que pour les plusieurs millions de personnes de par le monde qui n'ont pas accès à la justice de résoudre de tels litiges. Il note que le règlement des litiges en ligne répond à des préoccupations mondiales et non locales, conformément aux objectifs généraux de la Commission.

3. L'hypothèse de base ayant conduit à la création du Groupe de travail est qu'il n'existe pas de véritables recours judiciaires pour régler la plupart des litiges intéressant des opérations de commerce électronique internationales de faible montant. Alors que les mécanismes traditionnels n'offrent pas de solutions adéquates et rapides pour ces différends, le règlement des litiges en ligne peut le faire.

4. En outre, étant donné que le règlement des litiges en ligne ne peut ni prévaloir sur le droit national, ni le remplacer, les États qui donnent accès à la justice et offrent une large protection aux consommateurs n'auront rien à perdre si le règlement des litiges en ligne élargit cet accès et cette protection aux milliards de personnes qui dans le monde en sont privées.

5. Les craintes que le règlement des litiges en ligne n'impose des procédures d'arbitrage incompatibles avec la législation nationale ignorent la règle fondamentale selon laquelle toutes les parties doivent accepter de recourir à l'arbitrage avant que celui-ci ne puisse avoir lieu. Tous les États qui ont soulevé une objection à l'arbitrage ont mis en place des lois qui permettent de recourir à cette procédure lorsque des différends surviennent. En outre, aucun État n'a prétendu qu'une issue finale et contraignante ne devait pas en découler.

6. Puisque l'arbitrage et la protection des consommateurs ne sont pas contradictoires, la délégation des États-Unis est pleinement en accord avec la position de la délégation espagnole, qui estime que les règles de la CNUDCI ne portent pas atteinte à la législation nationale sur la protection des consommateurs et que les craintes qu'elles le fassent sont sans fondement et reposent sur des préjugés.

7. M. Wallace rappelle que les consommateurs doivent être protégés non seulement dans le monde développé mais aussi dans les pays et les régions où la protection des consommateurs est moindre et où

l'accès à la justice est limité. Des milliards de consommateurs ne peuvent avoir accès à la justice pour ce qui est des opérations de commerce électronique qu'au moyen du règlement des litiges en ligne. En outre, celui-ci non seulement permet une résolution rapide et efficace des différends, mais vise aussi à protéger la partie la plus faible grâce à la possibilité de recourir à l'arbitrage.

8. M. Wallace convient avec le représentant du Nigéria que le Groupe de travail doit rendre compte à la Commission de la façon dont le projet de règlement de procédure répond aux besoins des pays en développement, en particulier pour ce qui est de la place importante de l'arbitrage dans le mécanisme. Du fait de l'obligation qui lui est faite de rendre compte de cette question, le Groupe de travail pourra plus facilement progresser sur la base des réalités et non de préjugés.

9. La délégation des États-Unis n'est pas d'accord avec l'allégation de la délégation allemande selon laquelle la protection des consommateurs n'est pas suffisamment mentionnée dans les rapports du Groupe de travail. La protection des consommateurs est au centre des activités du Groupe de travail, comme en témoigne le projet de règlement de procédure, et elle continuera de faire l'objet d'un examen. En réponse à la référence faite par la délégation allemande à une déclaration d'un seule phrase figurant dans le rapport du Groupe de travail, M. Wallace attire l'attention sur les paragraphes 15 et 16 de la note du Secrétariat sur le règlement des litiges en ligne dans les opérations internationales de commerce électronique (A/CN.9/WG.III/WP.113), qui a été approuvée par la Commission et qui entre beaucoup plus dans le détail.

10. Il convient toujours de se souvenir que la protection des consommateurs n'est pas une question locale mais une question régionale et internationale. Le règlement en ligne des litiges encouragera le commerce électronique et la croissance économique au niveau régional, en particulier dans les pays sortant d'un conflit et dans les pays en développement.

11. **M. Decker** (Observateur de l'Union européenne) convient avec les autres délégations que le cadre juridique sur lequel portent les réflexions du Groupe de travail devrait susciter une plus grande confiance dans les opérations internationales en ligne. Il exprime sa gratitude aux délégations kenyane et nigériane, en particulier, qui ont souligné la nécessité de renforcer cette confiance; il note, cependant que des incertitudes et une certaine confusion demeurent au sein de la Commission sur les moyens d'aboutir à cet objectif.

12. Il reconnaît que le Groupe de travail ne s'est pas totalement acquitté du mandat qui lui avait été confié de rendre compte de l'impact de ses délibérations sur la protection du consommateur. Il croit comprendre que la délégation allemande estime que cet impact n'a pas été bien évalué par le Groupe de travail et convient que le paragraphe 132 a) du rapport du Groupe de travail (A/CN.9/744) est trop concis et elliptique. La Commission devra demander au Groupe de travail de débattre de manière plus approfondie de l'impact de ses délibérations sur la protection du consommateur dans des situations où le consommateur est le défendeur dans une procédure de règlement en ligne d'un différend et de rendre compte de cet examen à la Commission à sa prochaine session.

13. Une distinction doit être faite entre les différends concernant les opérations entre entreprises et ceux concernant les opérations entre entreprises et consommateurs pour ce qui est de la question du recours à l'arbitrage dans la procédure de règlement des litiges en ligne. L'arbitrage en tant qu'étape finale de cette procédure ne concerne que les différends entre entreprises et consommateurs. En outre, l'arbitrage est un moyen public de rendre applicables les résultats et les possibilités d'exécution par des voies privées n'ont pas été pleinement examinées. Il est trop tôt pour dire que l'arbitrage doit être la dernière étape de la procédure de règlement des litiges en ligne, alors que d'autres moyens de faire appliquer les résultats n'ont pas encore été examinés. M. Decker appuie les délégations qui ont demandé une analyse plus détaillée des moyens d'assurer le respect effectif des résultats d'une telle procédure et de la question de savoir si la Convention de New York de 1958 sur la reconnaissance et l'application des sentences arbitrales étrangères pouvait être invoquée à cet égard.

14. Pour ce qui est de la nature de la procédure de règlement des litiges en ligne et de ses résultats, M. Decker considère que la Commission doit demander au Groupe de travail de veiller à garder une certaine souplesse dans la formulation des dispositions du règlement de procédure applicables aux différends entre entreprises et consommateurs afin de répondre aux préoccupations concernant la protection des consommateurs. La possibilité d'établir une série

distincte de règles de procédure pour les différends entre entreprises et consommateurs doit être envisagée.

15. **M^me^ Sabo** (Canada) et **M. Schoefisch** (Allemagne) souscrivent à l'appel lancé par l'observateur de l'Union européenne tendant à ce qu'il soit demandé au Groupe de travail d'envisager la possibilité d'établir une série distincte de règles de procédure pour les affaires opposant entreprises et consommateurs.

16. **M^me^ Millicay** (Argentine), soutenue par **M. Schoefisch** (Allemagne), **M. Maradiaga** (Honduras) et **M. Madrid Parra** (Espagne), demande au Secrétariat d'utiliser avec soin les références aux catégories de pays et de régions. Si la mention des expressions habituellement employées à l'Organisation des Nations Unies de "pays en développement", "situations de conflit" et "situations d'après conflit" est acceptable, il ne convient pas de parler de "régions déchirées par des conflits", de "zones de conflit" ou de "pays sortant d'un conflit".

17. **M. Madrid Parra** (Espagne), faisant part de son accord avec la délégation des États-Unis, rappelle la position que sa délégation a exprimé la veille et selon laquelle le projet de dispositions de règlement des litiges en ligne ne porte pas atteinte aux lois assurant la protection des consommateurs. Si d'aucuns ont pu penser le contraire, c'est en raison de différences d'interprétation, qui soulignent la nécessité de règles simples et dénuées d'ambiguïté.

18. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique) rappelle qu'il est opposé à ce qu'il soit demandé au Groupe de travail de réaliser une autre étude sur la protection des consommateurs. Le Secrétariat a déjà établi un rapport sur ce point en réponse à une demande de la Commission lors de la session précédente et ce rapport a été examiné, comme en témoigne clairement le rapport du Groupe de travail III. Si le Groupe de travail va sans aucun doute continuer de s'intéresser à la protection des consommateurs dans son travail, il n'est pas nécessaire d'établir un autre rapport.

19. En tout état de cause, la Commission ne doit pas demander au Groupe de travail d'aboutir à des résultats déterminés à l'avance ou de prendre une décision précise sur un des aspects controversés de son travail. C'est aux spécialistes du règlement des litiges en ligne qu'il appartient de prendre leurs propres décisions lors des séances du Groupe de travail et la Commission doit leur faire davantage confiance.

20. Sur la question de l'élaboration d'une série distincte de règles de procédure pour les affaires opposant entreprises et consommateurs, M. Wallace rappelle qu'au cours de la session de la Commission qui a établi le Groupe de travail, certaines délégations ont prétendu que ce groupe ne devait s'occuper que des litiges entre entreprises, même si l'opinion dominante était que les différends entre entreprises et consommateurs devaient aussi être examinés du fait de leur volume et de la difficulté de faire une distinction entre les différents types d'affaires. Le Groupe de travail a aussi décidé de couvrir les opérations entre consommateurs, avec l'accord de la Commission. Compte tenu, entre autres, des différentes définitions nationales du "consommateur", l'élaboration de règles distinctes pour les affaires opposant entreprises et consommateurs et celles opposant des consommateurs ne servirait qu'à compliquer plus encore le processus de règlement des litiges en ligne, ce qui irait à l'encontre de l'objectif déclaré de simplicité et d'efficacité.

21. S'agissant de la Convention de New York et de la question de résultats finals et contraignants, l'orateur appelle l'attention sur le rapport du Groupe de travail, qui reflète le consensus de ce groupe. Même si quelques délégations peuvent ne pas être d'accord avec les décisions auxquelles il a abouti, c'est au Groupe de travail qu'il appartient de résoudre tout désaccord et non à la Commission.

22. **M. Maradiaga** (Honduras), en accord avec les délégations de l'Espagne et des États-Unis, estime que les règles de procédure doivent être absolument sans ambiguïté pour ce qui est de la protection des consommateurs dans l'intérêt de toutes les parties prenantes. Rappelant que la Convention de New York est un des instruments ayant le domaine d'application le plus large pour ce qui est de l'exécution des décisions arbitrales étrangères, il réaffirme qu'un cadre juridique international uniforme est nécessaire pour le règlement des litiges en ligne.

23. **M^me^ Talero Castro** (Colombie), souscrivant également à la position des délégations de l'Espagne et des États-Unis, estime que les questions relatives à la protection des consommateurs peuvent être adéquatement résolues au sein du Groupe de travail. Étant donné que des mécanismes comme le règlement

des litiges en ligne sont très utiles dans des pays comme le sien, elle soutient les appels lancés par le Nigéria pour que la Commission continue de les développer.

24. **M. Ivančo** (République tchèque), en accord avec les représentants de l'Espagne et des États-Unis, souligne que le système de règlement des litiges en ligne doit être aussi simple que possible.

25. **Le Président** croit comprendre que la Commission souhaite demander au Groupe de travail d'examiner, en vue de lui faire rapport sur ce point à une session ultérieure, la façon dont le projet de règlement de procédure applicable à la résolution des différends concernant les opérations électroniques internationales répond aux besoins des pays en développement et aux situations de conflit et d'après conflit, eu égard en particulier à la nécessité d'inclure une phase arbitrale dans la procédure; de continuer de couvrir dans ses délibérations les effets du règlement des litiges en ligne sur la protection des consommateurs; de poursuivre l'étude des différents moyens permettant d'assurer que les résultats d'un tel règlement sont effectivement mis en œuvre, y compris par d'autres solutions que l'arbitrage.

26. Il considère aussi que la Commission réaffirme le mandat du Groupe de travail III sur le règlement des litiges en ligne concernant les opérations électroniques internationales portant sur de faibles montants et de gros volumes et encourage le Groupe de travail à poursuivre ses travaux de la manière la plus efficace possible.

27. *Il en est ainsi décidé.*

28. **M. Decker** (Observateur de l'Union européenne), soutenu par **M. Wijnen** (Observateur des Pays-Bas), souhaite clarifier la situation concernant l'arbitrage. S'il est exact que le document A/CN.9/739 fait état d'un engagement à recourir à l'arbitrage en tant qu'étape finale de la procédure de règlement des litiges en ligne, les opinions ont évolué de façon considérable depuis lors. Ainsi, le paragraphe 128 du dernier rapport du Groupe de travail (A/CN.9/744) contient une rédaction différente qui a été choisie délibérément après de longues discussions: "Le Groupe de travail est convenu que la résolution des litiges en ligne était un processus qui comportait trois phases, et que celle de décision par un tiers neutre en faisait partie." Autrement dit, il n'y a pas eu d'accord sur l'arbitrage au sein du Groupe de travail et il ne convient pas que la Commission prenne un engagement de recourir à l'arbitrage pour les litiges entre entreprises et consommateurs.

29. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique), faisant part de son désaccord avec l'observateur de l'Union européenne sur la question de l'arbitrage, déclare qu'il n'y a pas eu de consensus sur la question de la protection du consommateur mais convient que le Groupe de travail doit continuer de s'en occuper.

30. **M^me^ Matias** (Israël) est d'avis qu'il existe un large consensus sur la proposition faite par la délégation nigériane en faveur de la poursuite de l'examen de l'arbitrage en tant qu'important élément du mécanisme de résolution des litiges en ligne, le Groupe de travail devant rendre compte de cet examen à la Commission. Bien que certaines délégations aient fait part de préoccupations, aucune n'a émis d'objection caractérisée; ce consensus doit être reflété positivement dans le rapport.

31. **Le Président** indique que lorsque le Secrétariat rédige son rapport, il doit veiller à refléter exactement les vues exprimées par toutes les délégations.

**Commerce électronique: rapport d'activité du Groupe de travail IV** (A/CN.9/737)

32. **M. Lee** Jae Sung (Bureau des affaires juridiques), présentant le rapport du Groupe de travail IV sur les travaux de sa quarante-cinquième session (A/CN.9/737), rappelle que, lors de sa précédente session, la Commission a demandé au Groupe de travail IV de commencer à travailler sur les documents transférables électroniques, en couvrant éventuellement des questions comme la gestion de l'identité, le commerce électronique par téléphonie mobile et la mise en place de guichets uniques électroniques. Le Groupe de travail a commencé son examen des documents transférables électroniques à sa quarante-cinquième session; toutefois, sa quarante-sixième session, qui devait avoir lieu début 2012, a été annulée pour permettre au Secrétariat de rassembler les informations nécessaires à la préparation des documents de travail et en raison des incertitudes entourant le cycle de réunions de la CNUDCI.

33. L'intervenant appelle l'attention sur la résolution 68/3, adoptée par la Commission

économique et sociale pour l'Asie et le Pacifique (CESAP) à sa soixante-huitième session, à propos du commerce dématérialisé et de la reconnaissance internationale des données et documents électroniques en vue de faciliter un commerce intrarégional durable et sans exclusive. Cette résolution encourage tous les membres et membres associés de la CESAP à prendre en compte ou à adopter les normes internationales établies par l'Organisation des Nations Unies et d'autres organisations afin de faciliter l'interopérabilité. Le Secrétariat travaillera en étroite collaboration avec la CESAP, en particulier au travers de son Centre régional pour l'Asie et le Pacifique.

34. Rappelant les liens continus de coopération existant entre le Secrétariat et d'autres organisations au sujet des questions juridiques intéressant les guichets uniques électroniques, M. Lee signale le guide sur le renforcement des capacités établi par le Réseau d'experts des Nations Unies pour le commerce sans papier en Asie-Pacifique, la CESAP et la Commission économique pour l'Europe de l'ONU, avec des contributions importantes du secrétariat de la CNUDCI.

35. S'agissant des évolutions récentes concernant la coopération entre la Commission et le Centre des Nations Unies pour la facilitation du commerce et les transactions électroniques (CEFACT-ONU), notamment la recommandation sur l'interopérabilité des preuves numériques signées, M. Lee appelle l'attention sur la proposition récente du CEFACT-ONU d'établir un cadre pour une gouvernance continue de l'interopérabilité des preuves numériques signées en coordination avec la Commission et l'Organisation internationale de normalisation (ISO). Le Secrétariat prendra les mesures voulues pour coopérer avec le CEFACT-ONU, en impliquant si possible le Groupe de travail IV.

36. Pour ce qui est des questions juridiques intéressant la gestion de l'identité, M. Lee indique à la Commission que l'American Bar Association a soumis, pour examen éventuel à la quarante-sixième session du Groupe de travail IV, un document fournissant une vue d'ensemble de la question de la gestion de l'identité et de son rôle dans le commerce électronique.

37. **M. Castellani** (Observateur de l'Organisation mondiale des douanes, OMD), soulignant la complémentarité entre le travail de son organisation et celui de la Commission, note que la coopération entre les deux a été extrêmement profitable. L'OMD a été particulièrement encouragée par les travaux du Groupe de travail IV sur les documents transférables électroniques et a participé avec intérêt à la session du Groupe au cours de laquelle des sujets de grande importance pour elle et la communauté du commerce international ont été identifiés. L'OMD attend avec impatience la prochaine session, pour laquelle elle prévoit de présenter un document pour examen par le Groupe de travail.

38. M. Castellani relève l'importance croissante des guichets uniques pour faciliter le commerce, y compris au niveau transnational et en ce qui concerne les échanges entre entreprises. Ils contribuent à la réduction des coûts des importations et des exportations, améliorent la sécurité au niveau mondial et renforcent l'efficacité de la facilitation des échanges, ce qui revêt une grande importance pour les pays en développement. L'OMD se félicite donc de la contribution de la Commission à l'établissement de normes juridiques uniformes et prévisibles à cet égard. Elle se félicite aussi du travail conjoint des deux entités en vue de la formulation de directives concernant les guichets uniques électroniques et la tendance mondiale au commerce dématérialisé.

39. L'OMD apprécie le rôle que joue la Commission dans la coordination des divers organismes des Nations Unies et des autres organisations internationaux actifs dans le domaine des normes juridiques pour le commerce électronique et l'élaboration d'un cadre juridique harmonisé destiné à compléter des efforts similaires entrepris au niveau technique. Elle envisage avec plaisir de continuer sa coopération positive avec la Commission.

40. **M. Schoefisch** (Allemagne) fait savoir qu'il a été demandé à un échantillon d'entreprises allemandes si elles ressentaient le besoin de documents transférables électroniques. Seulement deux réponses ont été reçues et les deux ont été négatives. Pour expliquer ces réponses, il a été indiqué que les documents en question pouvaient aisément être falsifiés ou manipulés. La délégation allemande conclut donc que cette question n'a pas à être examinée plus avant.

41. **M^me^ Sabo** (Canada) estime que s'il est compréhensible que l'on veuille que la Commission continue son travail sur le commerce électronique, la délégation canadienne est préoccupée par le fait que le Groupe de travail utilise de précieuses ressources

nationales et du Secrétariat pour s'occuper d'une question intéressante mais plutôt vague.

42. Néanmoins, il a été demandé au Secrétariat de poursuivre son examen des documents transférables électroniques et les États ont été invités à lancer des consultations avec les entreprises pour chercher à définir les problèmes à résoudre. La délégation canadienne attend de prendre connaissance des résultats de cet exercice lors de la prochaine session du Groupe de travail et de recevoir le prochain rapport d'étape du Groupe à la Commission en 2013. Cependant, si aucun problème spécifique ne peut être identifié, il conviendrait de ne pas prévoir de nouvelles sessions du Groupe de travail et de rechercher un thème de discussion plus intéressant.

43. **M. Madrid Parra** (Espagne) se félicite du solide soutien que l'OMD apporte aux travaux de la Commission sur les documents transférables électroniques et de la volonté de coopération exprimée par d'autres organisations. Il reconnaît que certains pays, comme le sien, peuvent estimer plus que d'autres qu'il est nécessaire d'harmoniser le droit commercial sur ce point. Comme le rapport l'indique, plusieurs délégations ont présenté des documents fondés sur des consultations nationales avec les entreprises, tandis que le Secrétariat lui-même effectue une compilation des législations existant dans les différents pays.

44. Les dispositions relatives aux transferts de crédits qui figurent dans la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux ont été exclues du champ d'application, ce qui signifie que nombre des principes fondamentaux des textes de la CNUDCI sur le commerce électronique ne sont pas encore mis en œuvre. En outre, la Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer (les "Règles de Rotterdam"), qui complète la Loi type sur le commerce électronique, mentionne la question; toutefois, son application est limitée aux seuls documents de transport.

45. Si le Secrétariat s'acquitte des tâches qui lui ont été confiées aux paragraphes 93 à 95 du rapport, le Groupe de travail pourra remplir son mandat.

46. **M. Kim** Jong Woo (République de Corée) convient que le Groupe de travail IV doit poursuivre son examen.

47. **M. Loren** (États-Unis d'Amérique), soutenu par **M. Zhang** Chen Yang (Chine) et **M^me^ Matias** (Israël), convient également que le Groupe de travail IV doit continuer d'examiner les documents transférables électroniques. Il estime qu'un cadre juridique international sur cet aspect serait bénéfique pour le commerce international. Une discussion utile a eu lieu lors de la seule réunion consacrée jusqu'ici par le Groupe de travail au sujet et de nombreuses questions ont été soulevées à cette occasion concernant les pratiques nationales et les systèmes juridiques applicables aux documents transférables électroniques.

48. M. Loren remercie le Secrétariat d'avoir répondu en temps voulu aux demandes du Groupe de travail et rappelle que plusieurs documents de travail ont été élaborés, ou sont en cours d'élaboration, notamment une étude conjointe établie par la Colombie, l'Espagne et les États-Unis sur la base de consultations tenues dans ces pays. Il attend avec impatience de pouvoir examiner ces documents et de débattre plus avant les réponses reçues des représentants de l'industrie allemande.

49. Se félicitant de la déclaration de l'OMD, qui a démontré non seulement l'importance de l'examen par le Groupe de travail de la question des documents transférables électroniques et des questions connexes, mais aussi la nécessité de la coordination avec d'autres organisations, M. Loren ajoute que la coopération continue avec l'OMD et d'autres organismes, comme l'ISO et le CEFACT-ONU, est très utile.

50. **M. Bellenger** (France) fait part de son scepticisme quant à l'examen par le Groupe de travail IV de la question des documents transférables électroniques. Le sujet est trop vague et a peu de chances d'être couvert de façon satisfaisante par un cadre juridique international. M. Bellenger se joint aux autres intervenants qui ont demandé qu'un programme de travail plus précis soit fixé.

51. **M. Maradiaga** (Honduras) indique que sa délégation souhaite également que le Groupe de travail continue de s'occuper des documents transférables électroniques, compte tenu de l'extrême importance du sujet. Un cadre juridique international, conforme aux objectifs déclarés de la Commission, ne peut que renforcer le commerce électronique au niveau international.

52. **M. Ivančo** (République tchèque), rejoignant les orateurs précédents quant à la nécessité pour le Groupe de travail IV de poursuivre son examen des documents transférables électroniques, est aussi d'accord avec ceux qui demandent que l'accent soit mis sur des aspects plus spécifiques.

53. **M. Chan** (Singapour), faisant savoir que sa délégation est pleinement d'accord avec le fait d'inviter le Groupe de travail IV à poursuivre ses réflexions sur les documents transférables électroniques, étant donné qu'un cadre juridique international ne peut que faciliter le commerce électronique international, estime que la première réunion du Groupe a été décevante. Toutefois, comme il a été jugé prudent de demander aux États membres d'engager de plus amples consultations afin d'identifier des problèmes spécifiques, il attend les résultats des études menées dans différents pays et leur discussion au cours de la prochaine réunion du Groupe de travail.

54. **Le Président** croit comprendre que la Commission réaffirme le mandat du Groupe de travail IV relatif aux documents transférables électroniques et demande au Secrétariat de continuer de faire rapport sur les faits nouveaux pertinents concernant le commerce électronique.

55. *Il en est ainsi décidé.*

**Élection des membres du Bureau**

56. **Le Président** fait savoir que la délégation de la République bolivarienne du Venezuela, s'exprimant au nom du Groupe des États d'Amérique latine et des Caraïbes, et appuyée par les délégations de l'Argentine, du Brésil et d'El Salvador, a désigné M. Maradiaga (Honduras) pour occuper le poste de vice-président de la quarante-sixième session de la Commission.

57. *M. Maradiaga (Honduras) est élu Vice-Président par acclamation.*

58. **Le Président** fait savoir que la délégation de la République de Corée, s'exprimant au nom du Groupe des pays d'Asie, et appuyée par la délégation de Singapour, a désigné M^me^ Laborte-Cuevas (Philippines) pour occuper le poste de vice-président de la quarante-sixième session de la Commission.

59. *M^me^ Laborte-Cuevas (Philippines) est élue Vice-Présidente par acclamation.*

*La séance est suspendue à 11 h 50; elle est reprise à 12 h 15.*

**Travaux futurs envisageables dans le domaine du droit international des contrats** (A/CN.9/758)

60. **Le Président** rappelle que la Commission est convenue d'ajouter un nouveau point après le point 12 de son ordre du jour provisoire, comme proposé par la Suisse.

61. **M^me^ Jametti Greiner** (Observatrice de la Suisse) invite la Commission à examiner la proposition ambitieuse de sa délégation, conçue dans l'esprit de l'objectif déclaré de la Commission de faciliter les échanges internationaux en éliminant les obstacles juridiques. Une plus grande harmonisation du droit international des contrats supprimerait les obstacles aux échanges internationaux découlant de la diversité des régimes juridiques nationaux.

62. **M^me^ Schwenzer** (Observatrice de la Suisse), tout en reconnaissant les contributions de la Commission à l'harmonisation du droit international des contrats, souligne que la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM) de 1980 a eu un impact global en unifiant le droit applicable aux contrats de vente de biens. Toutefois, de nombreux aspects relatifs aux contrats de vente et au droit des contrats en général sont laissés au droit national, ce qui génère des obstacles aux échanges internationaux en multipliant les régimes juridiques potentiellement applicables et en augmentant les coûts de transaction.

63. En outre, la nécessité d'avoir accès à des éléments d'information juridiques sur les législations nationales en différentes langues ou de rechercher l'avis d'experts de juridictions étrangères engendre des risques et des dépenses supplémentaires. Ces dépenses sont particulièrement lourdes pour les PME, alors que les entreprises plus grandes peuvent bénéficier d'un puissant pouvoir de négociation dans la négociation de contrats. La délégation suisse estime donc probable que les multinationales et les pays anglophones ayant un droit des contrats similaire rejetteront la proposition d'harmoniser la législation internationale. En termes de renforcement des capacités, de prévisibilité et de réduction des coûts, le reste du monde tirerait toutefois

grandement parti de plus d'unification du droit international des contrats et de la suppression des lacunes non comblées par la CVIM.

64. **M^me^ Jametti Greiner** (Observatrice de la Suisse) ajoute que, afin de permettre à la Commission de prendre une décision en connaissance de cause sur les travaux futurs envisageables en ce qui concerne une plus grande harmonisation du droit international des contrats, le Secrétariat pourrait organiser des colloques et d'autres réunions en tant que de besoin et selon les ressources disponibles et faire rapport à une future session de la Commission sur l'opportunité et la faisabilité de tels travaux. Ces activités exploratoires doivent non seulement prendre en compte les instruments existants tels que la CVIM et les Principes d'UNIDROIT (Institut international pour l'unification du droit privé) relatifs aux contrats du commerce international, mais s'en inspirer. En outre, elles pourraient de façon utile compléter les efforts en cours de modernisation du droit des contrats aux niveaux régional et national.

65. **M. Dennis** (États-Unis d'Amérique) remercie la délégation suisse de sa contribution, mais fait savoir que, après avoir examiné la proposition et consulté les parties prenantes de son pays, la délégation des États-Unis ne considère pas qu'il soit nécessaire d'entamer une réflexion au niveau mondial en vue d'une plus grande uniformisation du droit international des contrats, au-delà de ce qui a déjà été fait par la Commission.

66. Non seulement la CVIM et les Principes d'UNIDROIT sont parfaitement suffisants dans la pratique, mais la proposition suisse peut aussi faire double emploi avec les efforts de l'Institut, voire entrer en conflit avec eux. Mais surtout, cette proposition est trop ambitieuse, car un accord international ne peut de façon réaliste être atteint sur tous les sujets mentionnés dans le document. De même, mettre au point des règles sur une liste de sujets aussi vaste constitue une entreprise majeure avec des incidences considérables sur les ressources à un moment où, selon la propre note du Secrétariat sur la planification stratégique, les ressources disponibles pour mette en œuvre le plan de travail actuel de la Commission sont à peine suffisantes.

67. La délégation des États-Unis pourra réexaminer la question à une date ultérieure eu égard aux évolutions du droit international, mais elle n'est pas en mesure de soutenir la proposition de la Suisse à ce stade.

68. **M. Watanabe** (Japon) indique que sa délégation appuie la proposition bienvenue de la Suisse. Le Japon a commencé en 2009 une révision de sa législation nationale sur les contrats afin de prendre en compte la mondialisation des marchés. Le droit international des contrats doit être mieux harmonisé compte tenu des évolutions récentes du commerce international. M. Watanabe est donc favorable à la tenue de débats sur la portée, la nature et la forme de travaux futurs sur la proposition.

69. **M. Sánchez Contreras** (Mexique) fait savoir que sa délégation n'est pas en mesure de prendre une décision. La proposition de la Suisse, même si elle est très intéressante, est extrêmement complexe et doit faire l'objet d'une étude et de consultations approfondies au niveau national avant qu'une quelconque action ultérieure puisse être décidée.

70. **M^me^ Cap** (Autriche) estime que, même si la proposition de la Suisse mérite d'être examinée, elle est très ambitieuse et il n'est pas sûr de pouvoir arriver à un résultat universellement acceptable. Elle convient avec les États-Unis qu'elle peut conduire à des doubles emplois avec les activités d'UNIDROIT et les efforts régionaux. En outre, les tentatives faites pour s'entendre sur un droit général des contrats au niveau européen ont été vaines. Le succès de tout nouvel instrument dépendra des points d'entente qui pourront être trouvés.

71. **M. Schoefisch** (Allemagne) souligne qu'il n'est pas nécessaire de prendre une décision immédiatement. Il partage les préoccupations d'autres délégations concernant d'éventuels doubles emplois, compte tenu des Principes d'UNIDROIT, et convient que les ressources constituent un problème. Il suggère de tenir un colloque sur la proposition de la Suisse.

72. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) convient que le chevauchement des efforts doit être évité et que le mandat d'UNIDROIT doit être respecté. Le Secrétariat est conscient de la nécessité de coopérer étroitement avec UNIDROIT et d'éviter toute concurrence ou friction avec l'Institut.

73. **M^me^ Malaguti** (Italie) signale que sa délégation partage totalement les préoccupations du représentant des États-Unis et souscrit aux remarques de la délégation autrichienne sur l'Union européenne. Le

droit international des contrats a été délibérément laissé en dehors de la CVIM, précisément parce qu'aucune solution commune n'a pu être dégagée. Bien que la prévisibilité soit souhaitable, les nombreuses différences existant entre les régimes nationaux en matière de droit des contrats sont sans doute des éléments qui enrichissent les échanges internationaux et permettent aux Principes de fonctionner. La délégation italienne préférerait que la Commission entreprenne d'autres travaux à l'avenir, par exemple dans le domaine de la microfinance, ce qui serait plus réaliste et assurerait une meilleure utilisation des ressources.

74. **M^me^ Sabo** (Canada) partage les préoccupations des autres délégations et estime que le moment n'est pas venu de donner suite à la proposition de la Suisse. Il peut être utile, cependant, que le Secrétariat tienne un colloque en 2013 afin que des idées de travaux futurs puissent germer. Ce colloque ne devra pas porter sur le droit international des contrats en général, mais se concentrer sur des questions particulières, comme l'exécution des jugements commerciaux, la mise au point de modèles pour une application rapide de ces jugements pouvant être utile.

75. **M. Chan** (Singapour) note qu'en tant que pays anglophone, Singapour appartient théoriquement à l'un des groupes qui, selon la délégation de la Suisse, pourrait rejeter la proposition de cette délégation. Or, Singapour prospère grâce aux échanges internationaux et se réjouit de toute initiative visant à éliminer les obstacles qui les entravent. Des préoccupations ont été exprimées lorsque la CVIM a été proposée pour la première fois et certains aspects ont été laissés de côté car aucune solution de compromis n'a été trouvée. Toutefois, au cours des nombreuses années qui ont suivi l'adoption de la Convention, beaucoup de questions ont été réglées et une plus grande harmonisation du droit international des contrats peut être envisagée. M. Chan comprend que certaines délégations peuvent craindre que l'exercice ne se révèle futile, mais estime qu'il faudrait au moins réaliser une étude de faisabilité. Tout en soutenant la proposition de demander au Secrétariat d'organiser des séminaires ou des ateliers sur le sujet, il se félicite tout particulièrement de l'idée d'organiser un colloque en 2013 afin d'étudier plus avant la proposition suisse et les initiatives connexes, à condition de disposer de ressources suffisantes.

76. **M. Madrid Parra** (Espagne) partage les préoccupations de nombreuses délégations quant à la portée et à la complexité de la proposition suisse. Étant donné que la Commission a fait siennes les diverses versions des principes du commerce d'UNIDROIT, il se félicite de la proposition de coopération avec l'Institut et est disposé à examiner toute proposition conjointe que le Secrétariat et UNIDROIT peuvent présenter à la Commission.

77. **M. Leinonen** (Observateur de la Finlande) est d'accord avec les autres délégations qui estiment que la proposition de la Suisse est très ambitieuse et n'est sans doute pas réaliste. Toutefois, il est trop tôt pour prendre une décision et de plus amples analyses sont nécessaires. M. Leinonen est également favorable à l'organisation d'un séminaire ou d'un colloque sur ce sujet, pour autant que des ressources suffisantes soient disponibles.

78. **M. Zhang** Chen Yang (Chine) se félicite de l'esprit imaginatif dont témoigne la proposition de la Suisse; toutefois, compte tenu de la complexité du sujet, il convient qu'aucune décision dans un sens ou dans l'autre ne doit être prise. Le document a établi les bases des travaux futurs devant être réalisés dans les limites des ressources financières et humaines disponibles. M. Zhang considère qu'un atelier ou un colloque sur ce sujet serait approprié.

79. **M^me^ Matias** (Israël) estime que si l'objectif de la proposition suisse est louable, sa délégation partage les préoccupations exprimées par les délégations de l'Autriche, du Canada, de l'Italie et des États-Unis. Si les ressources financières et humaines de la Commission sont limitées, il en va de même de celles des États membres, qui ne peuvent soutenir des propositions que si elles ont des chances de succès.

80. **M. Estrella Faría** (Observateur de l'Institut international pour l'unification du droit privé, UNIDROIT), se référant à la coopération passée et à la complémentarité entre la CNUDCI et UNIDROIT dans le domaine du droit des contrats, se félicite que la délégation suisse et le secrétariat de la Commission aient réaffirmé que tous les travaux entrepris sur le droit international des contrats doivent être menés en coopération avec UNIDROIT et en pleine reconnaissance de son travail.

81. Si la Commission souhaite simplement moderniser ou compléter la CVIM ou combler des lacunes, l'Institut contribuera à la mise en évidence des solutions possibles, sur la base des Principes d'UNIDROIT. Toutefois, si l'objectif est de rechercher une unification plus large du droit international des contrats, il faut garder à l'esprit qu'il a fallu trois décennies pour mettre au point les Principes d'UNIDROIT.

82. UNIDROIT est disposé à participer à toute étude de faisabilité ou à tout autre travail préparatoire nécessaire à une clarification de la question. M. Estrella Faría n'est pas sûr que la Commission puisse être en mesure de prendre une décision en connaissance de cause à l'issue d'un seul colloque, mais l'Institut est prêt à coopérer avec la Commission pour organiser des ateliers ou d'autres réunions.

*La séance est levée à 13 heures.*

**Travaux futurs envisageables dans le domaine du droit international des contrats**

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

**Sûretés: rapport d'activité du Groupe de travail VI**

**Travaux futurs envisageables dans le domaine de la microfinance**

**Compte rendu analytique de la 955e séance tenue au Siège, à New York, le mardi 3 juillet 2012, à 15 heures**

[A/CN.9/SR.955]

*Président*: M. Sikirić (Croatie)

*La séance est ouverte à 15 heures.*

**Travaux futurs envisageables dans le domaine du droit international des contrats** (*suite*) (A/CN.9/758)

1. **Mme Narbuada** (Philippines) remercie la délégation suisse pour sa proposition mais signale, à l'instar d'autres délégations, que les Philippines préfèrent que ce soit la Commission qui se charge des autres travaux futurs, par exemple ceux dans le domaine de la microfinance, suggérés par l'Italie.

2. **M. Silverman** (Observateur de l'International Bar Association) est d'avis que le commerce international bénéficierait de l'harmonisation du droit commercial international et, en particulier, d'une réduction du nombre des lois liées au commerce international, avec lesquelles les membres de son association sont forcés de se familiariser. Il appartient à la Commission de décider si l'adoption de la proposition suisse peut contribuer à la réalisation de ces objectifs.

3. **M. Nama** (Cameroun) estime que la proposition de la Suisse est la bienvenue car son pays, dont l'héritage juridique est double, est favorable à une harmonisation du droit commercial international, qui ne peut que promouvoir les échanges.

4. **Mme Talero Castro** (Colombie) partage les préoccupations exprimées par les autres délégations sur le risque que la proposition de la Suisse ne fasse double emploi avec les efforts de l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT). La Colombie a commencé à appliquer les Principes d'UNIDROIT et, au vu de leur efficacité, elle estime que les travaux envisagés doivent être réalisés en collaboration avec l'Institut.

5. **M. Ivančo** (République tchèque) fait savoir que sa délégation appuie la proposition suisse, mais estime que le point de vue de l'observateur d'UNIDROIT doit également être pris en compte.

6. **M. Weise** (Observateur de l'American Bar Association) souligne, comme d'autres l'ont déjà fait, que la disponibilité des ressources du Secrétariat et des États doit être prise en considération. Il faut d'abord évaluer en quoi la proposition suisse pourrait compléter l'excellent travail déjà effectué par UNIDROIT et par d'autres.

7. **Le Président** indique que le débat a montré que la Commission doit étudier plus avant la proposition et doit demander au Secrétariat d'organiser un séminaire ou un colloque pour débattre de sa faisabilité. La proposition de collaboration d'UNIDROIT a été notée.

8. **M. Loken** (États-Unis d'Amérique) fait savoir que sa délégation ne partage pas la conclusion du Président quant à la présence d'un consensus sur la voie à suivre et ne peut soutenir la proposition suisse de travaux sur le sujet.

9. **Le Président** estime que demander au Secrétariat de continuer à réfléchir à la question est l'option retenue par la majorité des membres de la Commission. Les différentes opinions exprimées seront dûment consignées dans le rapport.

10. **Mme Sabo** (Canada) signale que sa délégation ne partage pas l'avis du Président. Comme cela a été dit

par la délégation des États-Unis, les États ont clairement exprimé des points de vue divergents et la proposition de la Suisse n'a pas fait l'objet d'un appui dominant. Il doit être reflété dans le rapport qu'il y a eu une opposition claire face à la proposition et que de fortes réserves ont été exprimées.

11. **M. Reyes Villamizar** (Colombie) approuve la position des États-Unis et du Canada parce que, à son avis, la proposition de colloque n'a pas fait l'objet d'un soutien suffisant, en dépit de l'importance de la question. Il estime donc également qu'il serait préférable d'attendre une autre occasion et que le consensus général est de ne pas donner suite à cette proposition.

12. **Le Président** indique que sa conclusion en ce qui concerne l'opinion dominante repose sur des calculs et que le rapport rendra compte des points de vue différents qui ont été exprimés.

13. **M. Loken** (États-Unis d'Amérique) souscrit aux évaluations des opinions exprimées faites par les délégués du Canada et de la Colombie. Il doit être noté qu'il y a une opposition à la proposition et qu'il y a un désaccord concernant le point de vue dominant.

14. **M. Schoefisch** (Allemagne) convient que la proposition a fait l'objet d'une forte opposition, ainsi que d'un certain soutien. Pour sa part, il voudrait savoir comment un colloque sera financé et quand il aura lieu.

15. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) juge qu'il est trop tôt pour discuter d'un calendrier. Pour certaines délégations, la microfinance revêt une plus grande priorité que le droit des contrats, mais, dans l'un ou l'autre cas, tout ce qui sera entrepris nécessitera des moyens importants. L'organisation d'un colloque bénéficiera de la contribution d'UNIDROIT et d'organismes universitaires. Une réunion régionale est aussi une option.

16. **M. Ivančo** (République tchèque) signale que sa délégation préfère qu'un colloque soit organisé sur la microfinance.

17. **M^me^ Matias** (Israël) indique que son évaluation des opinions exprimées est semblable à celle des États-Unis, de l'Allemagne, du Canada et d'autres. Compte tenu de considérations budgétaires, son pays préfèrerait un colloque sur le thème de la microfinance. En ce qui concerne la proposition de la Suisse, la question de la faisabilité et du calendrier pose problèmes.

18. **M^me^ Escobar Pacas** (El Salvador) estime que, compte tenu de la faisabilité de la proposition, comme mentionné par Israël, la priorité doit être donnée à la microfinance.

19. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) constate que certaines délégations ont indiqué clairement que tout colloque doit porter soit sur la microfinance, soit sur le droit des contrats, mais pas sur les deux questions. La décision d'examiner l'une ou l'autre question, ou les deux, relève de la Commission.

20. **M. Loken** (États-Unis d'Amérique) considère prématurée la conclusion du Président car plusieurs délégations ont exprimé une nette préférence pour des travaux dans le domaine de la microfinance. D'après le document sur la planification stratégique, les ressources existantes sont rares et il serait donc plus approprié d'attendre que le groupe ait débattu de la microfinance avant de tirer des conclusions quant aux recommandations de travaux futurs.

21. **Le Président** confirme sa conclusion. Si la Commission décide que le Secrétariat doit aussi organiser un colloque, un séminaire ou des recherches sur la microfinance, la Commission peut alors décider de ses priorités.

**Droit de l'insolvabilité: rapport d'activité du Groupe de travail V** (A/CN.9/738; A/CN.9/742)

22. **M. Lemay** (Secrétariat) indique que la Commission a approuvé la recommandation du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) selon laquelle des travaux doivent être entamés sur deux thèmes, à savoir: l'élaboration d'orientations sur l'interprétation et l'application de certains concepts de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale en rapport avec le centre des intérêts principaux et l'élaboration éventuelle d'une loi ou de dispositions types sur le droit de l'insolvabilité portant sur certaines questions internationales; et les obligations et responsabilités des responsabilités des administrateurs et des dirigeants d'entreprises dans la période précédant l'insolvabilité.

23. Des progrès ont été accomplis sur ces deux fronts, et les travaux sur le premier thème sont bien avancés et pourraient être achevés à temps pour

examen et adoption par la Commission à sa quarante-sixième session. Il est prévu d'apporter des révisions au Guide pour l'incorporation de la Loi type, mais, le texte de la Loi type lui-même ne changera pas.

24. Bien que le Groupe de travail ait envisagé d'ajouter des éléments relatifs aux groupes d'entreprises au Guide pour l'incorporation de la Loi type, il a été convenu que des références pourraient être incorporées dans la troisième partie du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité.

25. La Commission a également examiné à nouveau le texte du projet sur le premier sujet qui a été discuté par le Groupe de travail lors de sa quarante et unième session. Ce texte s'est inspiré de l'analyse figurant dans "La Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale: le point de vue du juge", que la Commission a fait sienne en 2011. Le texte en cours d'élaboration par le Groupe de travail reposant sur des éléments révisés de l'analyse présentée dans le point de vue du juge, notamment en ce qui concerne le centre des intérêts principaux, la Commission a décidé que le point de vue du juge devrait être réexaminé en parallèle avec les travaux en cours du Groupe de travail pour en assurer la cohérence.

26. **M. Redmond** (États-Unis d'Amérique) fait savoir que sa délégation espère que les travaux sur le centre des intérêts principaux pourront être achevés, de façon que cette question puisse être examinée par la Commission à sa session suivante. Les aspects concernant les groupes d'entreprises, notamment la juridiction, l'accès et la reconnaissance, seront traités sur la base du mandat précédent, une fois que le problème de l'entreprise unique aura été réglé. Une vision plus équilibrée des questions de pré-insolvabilité a émergé lors de la dernière réunion du Groupe de travail et il faut espérer que des progrès seront réalisés à cet égard.

27. **M. Bellenger** (France) demande des précisions concernant les travaux futurs et tous les mandats relatifs à la question des groupes d'entreprises.

28. **M. Lemay** (Secrétariat) note que les travaux concernant les groupes d'entreprises vont permettre de mettre à jour le point de vue du juge et seront réalisés par le Groupe de travail lui-même.

29. **M. Redmond** (États-Unis d'Amérique) signale que la question des groupes d'entreprises a été examinée par le Groupe de travail, sur la base du mandat reçu de la Commission en 2008, et que la question de l'entreprise unique sera traitée en premier. Il ajoute que la délégation des États-Unis est favorable à la coordination entre le point de vue du juge et les travaux en cours.

30. **M^me^ Jamschon Mac Garry** (Argentine) appuie la coordination préconisée par les États-Unis, afin d'assurer la cohérence et de maximiser l'efficacité des travaux du Groupe.

31. **Le Président** propose que, dans son rapport, la Commission félicite le Groupe de travail pour les progrès réalisés dans le concept de centre des intérêts principaux; qu'elle exprime sa gratitude au Secrétariat pour la qualité des documents de travail et des rapports; qu'elle donne son accord pour que le texte présentant l'analyse du point de vue du juge soit révisé parallèlement aux travaux en cours du Groupe de travail afin d'assurer une cohérence entre les deux; et qu'elle convienne que les révisions du point de vue du juge lui soient présentées pour adoption, en même temps que le nouveau texte sur le centre d'intérêt principal qui a été établi par le Groupe de travail.

**Sûretés: rapport d'activité du Groupe de travail VI** (A/CN.9/740; A/CN.9/743)

32. **M. Lee** (Bureau des affaires juridiques) déclare que le Groupe de travail VI a poursuivi ses travaux sur l'inscription des sûretés réelles mobilières. Il a examiné le projet de texte préparé par le Secrétariat et convient qu'il devrait prendre la forme d'un guide avec des commentaires et des recommandations à l'instar du Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties. Le Groupe de travail a approuvé le contenu des recommandations du projet de guide sur le registre des sûretés réelles mobilières et les exemples de formulaires d'inscription. Il est également convenu que le projet de guide sur le registre doit être finalisé et soumis à la Commission pour adoption à sa prochaine session.

33. En ce qui concerne les travaux futurs, le Groupe de travail est convenu de proposer à la Commission qu'elle envisage l'élaboration d'une loi type sur les opérations garanties qui s'inspire des recommandations générales du Guide législatif sur les opérations garanties et qui soit compatible avec tous les textes de la CNUDCI sur les opérations garanties. Il a également été proposé que la question des sûretés

réelles mobilières sur les titres non intermédiés, que la Commission, à sa quarante-troisième session, a décidé de maintenir dans le programme d'activité futur du Groupe de travail VI, reste inscrite à son ordre du jour de façon à pouvoir être examinée à une session ultérieure, éventuellement sur la base d'une note du Secrétariat qui passerait en revue les questions devant être couvertes afin d'éviter les chevauchements et les incohérences avec d'autres textes et les travaux d'autres organisations.

34. **M^me^ Sabo** (Canada) estime que la décision sur les travaux futurs du Groupe de travail ne constitue pas un enjeu essentiel pour la Commission. La proposition d'élaboration d'une loi type pour faciliter la mise en œuvre du Guide législatif n'est pas sans intérêt.

35. **M. Redmond** (États-Unis d'Amérique) considère que la Commission doit prendre la décision de donner pour mandat au Groupe de travail l'examen d'une loi type sur les opérations garanties. Une telle loi type complètera le Guide et aidera les États à le mettre en œuvre; fournira des orientations aux États dans la révision de leur législation; couvrira la question de l'accès au crédit; et sera adaptée aux différentes traditions juridiques.

36. Sur la base du Règlement type sur l'enregistrement de l'Organisation des États américains (OEA), les États-Unis ont pu aider les États de la région. Mais il n'existe aucun instrument international similaire et le Groupe de travail VI doit donc s'engager à en développer un. Les États-Unis sont également favorables à des travaux futurs sur les titres non intermédiés.

37. **M. Sánchez Contreras** (Mexique) fait savoir que sa délégation appuie les travaux sur un guide lors de la session suivante du Groupe de travail. La Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières peut servir de base utile à de tels travaux. Le Mexique a beaucoup progressé dans l'élaboration de sa propre législation à cet égard, puisque plus de 130 000 transactions ont été couvertes et 72 705 inscriptions ont été réalisées, ce qui a permis à ceux utilisant son registre, qui est gratuit, d'économiser près de 4 milliards de dollars de frais.

38. Le Groupe de travail doit suivre le guide tout en restant souple dans son approche des problèmes politiques non résolus, de façon à fournir aux États un produit facile à mettre en œuvre.

39. **M^me^ Matias** (Israël), **M. Madrid Parra** (Espagne), **M^me^ Talero Castro** (Colombie), **M. Zhang** (Chine), **M^me^ Escobar Pacas** (El Salvador), **M. Maradiaga** (Honduras) et **M^me^ Bonilla Robles** (Observatrice du Guatemala) se joignent aux États-Unis et au Mexique pour soutenir la demande d'un tel mandat.

40. **M. Bellenger** (France) indique qu'il appuie l'élaboration d'une loi type simple, courte et concise avec un mandat très précis, conformément aux paragraphes 74 et 76 du dernier rapport du Groupe de travail.

41. **M. Otis** (Observateur du New York State Bar Association) fait savoir que son organisation a offert au Groupe de travail toute l'aide qu'elle pourrait être en mesure de lui offrir, sur la base de son expérience.

42. **M. Tata** (Banque mondiale) dit qu'il n'y a pas de solution unique quand il s'agit de la modernisation de la législation des pays en développement dans le domaine des échanges commerciaux et des financements et que de larges variations sont acceptables compte tenu de la nécessité de répondre aux besoins locaux.

43. **M. Weise** (Observateur de l'American Bar Association) convient qu'il sera intéressant d'aller de l'avant dans l'élaboration d'une loi type et demande au Secrétariat de commencer à planifier ces travaux. Une telle loi type doit être adaptable en fonction des cultures nationales, sociétales et économiques, tout en restant fidèle aux Principes, déclarations et suggestions contenues dans le Guide législatif.

44. **M. Kohn** (Observateur de la Commercial Finance Association) considère qu'une loi type, s'inspirant du Guide législatif, fournirait aux États un outil pour moderniser leurs propres lois afin de promouvoir l'octroi à faible coût de crédits garantis aux petites et moyennes entreprises (PME).

45. **M^me^ Kasule Kaggwa** (Ouganda) souhaite également qu'il soit donné pour mandat au Groupe de travail de rédiger une loi type, courte et concise, sur les opérations garanties. La délégation ougandaise a craint initialement que soient remis en cause les efforts dans le domaine du renforcement des capacités et de l'élaboration de lois par les pays concernés

eux-mêmes. Cependant, il lui semble maintenant que, si le Guide aide les États à mettre à jour les lois existantes, une loi type courte et concise aiderait les pays qui n'ont pas de tels cadres.

46. **M. Pérez-Cadalso Arias** (Observateur de la Cour centraméricaine de justice), tout en fournissant des informations sur les fonctions de la Cour centraméricaine de justice dans le domaine des opérations garanties, explique que tout notaire dans les sept pays de la région, ainsi qu'en République dominicaine, couverts par la Cour, peut autoriser l'utilisation comme garanties de titres de propriété dans le cadre du régime centraméricain d'hypothèques.

47. **Le Président** croit comprendre que la Commission souhaite féliciter le Groupe de travail pour ses travaux, exprimer sa gratitude au Secrétariat pour la qualité des documents de travail et rapports établis et demander au Groupe de travail de poursuivre ses efforts en vue de la finalisation du projet de guide sur le registre de manière à permettre sa présentation à la Commission pour adoption à sa quarante-sixième session; qu'elle est d'accord pour donner au Groupe de travail pour mandat d'élaborer une loi type simple, courte et concise sur les opérations garanties eu égard aux recommandations générales du Guide sur les opérations garanties et en conformité avec tous les textes qu'elle a elle-même élaborés; qu'elle est convenue que la question des sûretés réelles mobilières sur les titres non intermédiés doit rester inscrite à son ordre du jour et être examinée lors d'une prochaine session du Groupe de travail sur la base de la note du Secrétariat.

48. *Il en est ainsi décidé.*

**Travaux futurs envisageables dans le domaine de la microfinance** (A/CN.9/756)

49. **M. Lemay** (Secrétariat) rappelle que la Commission a décidé, lors de sa quarante-quatrième session, d'inclure la microfinance dans ses travaux futurs. En vue de déterminer les domaines où des travaux sont nécessaires, un questionnaire a été distribué pour recueillir les données d'expériences des États sur les cadres législatifs et réglementaires de la microfinance, et les réponses seront présentées à la prochaine session de la Commission. Des recherches ont été menées sur la constitution de sûretés trop importantes; la monnaie électronique; le règlement des différends sur la microfinance; et les prêts garantis.

50. Dans le domaine des opérations garanties, il a été recommandé qu'un registre des sûretés soit adopté; que les recommandations contenues dans le Guide législatif sur les opérations garanties soit utilisé pour assurer des pratiques équitables et transparentes pour réaliser les sûretés; que les autres problèmes sur les opérations garanties soient réglés afin de faciliter les opérations de microfinancement; et que, de concert avec la Banque mondiale, la façon d'appliquer le droit des opérations garanties à la microfinance doit être étudiée.

51. En ce qui concerne le règlement des litiges, en collaboration avec d'autres organisations et institutions, la Commission voudra peut-être évaluer le nombre et les types de plaintes d'usagers afin de déterminer si d'autres méthodes de règlement des litiges seraient une bonne approche, et d'examiner si des systèmes alternatifs de règlement des litiges peuvent constituer des solutions viables pour la résolution économique de différends portant sur de faibles montants et impliquant des pauvres ainsi que les modes de financement qui permettraient de conserver l'indépendance. La Commission souhaitera peut-être étudier la mise en place d'un système de règlement des litiges en ligne.

52. La Commission voudra aussi sans doute étudier, avec les organismes de réglementation nationaux, la possibilité de permettre aux fournisseurs non bancaires de services de monnaie électronique d'offrir des comptes d'épargne porteurs d'intérêt et des produits d'assurance; appuyer la formulation de lignes directrices et la réaliser d'audits concernant les plates-formes de monnaie électronique; envisager de faire réaliser une étude des questions relatives à la monnaie électronique afin de mettre au point des lignes directrices ou des recommandations d'ordre législatif appropriées avec pour objectif de définir une approche harmonisée de la réglementation applicable aux institutions financières non bancaires qui offrent des services allant au-delà de simples transferts.

53. **M. Reyes Villamizar** (Colombie) propose la tenue d'un colloque sur la situation actuelle et sur l'éventuelle harmonisation de la législation sur les sociétés à capital fermé, étant donné l'importance de la facilitation de l'accès au crédit des petites entreprises, qui permettrait de faire entrer plus

d'entreprises dans le secteur économique formel des pays en développement, dont elles sont souvent exclues par les réglementations obsolètes sur les entreprises. Ce colloque sur les formes d'entreprises simplifiées pourrait être décentralisé et se tenir au niveau régional; la délégation colombienne se ferait un plaisir d'explorer les possibilités de financement d'un tel événement.

54. **M. Kamau** (Kenya) considère que la microfinance se développe et continuera d'occuper une place importante à l'avenir dans les opérations financières de son pays. Le Kenya est également un pionnier dans le domaine de la monnaie électronique, où il a mis au point un système de contrôle. Ces deux domaines ont un impact sur le développement et des orientations seront les bienvenues pour aider les États à réguler les services fournis par le biais des nouvelles technologies. La Commission doit rester saisie de la question et lui consacrer une réflexion plus approfondie.

55. **M. Redmond** (États-Unis d'Amérique) est d'avis que la Commission doit contribuer à la mise en place d'un cadre juridique propice aux microentreprises afin de leur permettre de soutenir la concurrence et d'améliorer leurs échanges commerciaux, favorisant ainsi la croissance économique. Les États-Unis sont favorables à l'organisation d'un colloque sur la question parce que certaines questions n'ont pas encore été abordées, telles que la résolution en ligne et les méthodes alternatives de règlement des litiges concernant les opérations garanties. La réforme de l'enregistrement des entreprises de forme simplifiée, visée par le représentant de la Colombie, est une question qui mérite également d'être approfondie, et les États-Unis appuient sans réserve le colloque proposé, qui doit avoir priorité sur tout autre projet du Secrétariat.

56. **M^me^ Kasule Kaggwa** (Ouganda) est d'accord avec les délégués qui se sont exprimés précédemment sur la question, notamment en ce qui concerne le soutien apporté à la proposition colombienne d'organisation d'un colloque sur la microfinance. La question de la microfinance et de l'inclusion financière est importante dans de nombreux pays en développement, où peu de gens ont accès à des services financiers parce que ceux qui sont offerts par les banques commerciales sont trop chers. Les initiatives qui contribueront à l'élaboration d'un cadre juridique sur la microfinance sont les bienvenues.

57. **M. Madrid Parra** (Espagne), appuyé par **M^me^ Matias** (Israël), estime que la Commission doit prendre toutes les mesures nécessaires pour soutenir les PME, conformément à la mission qui est la sienne de garder à l'esprit les intérêts de tous. Un colloque du type de celui proposé par la Colombie serait donc utile et doit avoir la priorité sur les autres colloques proposés.

58. **M^me^ Sabo** (Canada) rappelle que la Commission reconnaît depuis longtemps l'importance de la microfinance et a désormais mis en évidence un domaine spécifique pour la réalisation de travaux ultérieurs. La délégation canadienne appuie la proposition colombienne d'organisation à titre prioritaire d'un colloque sur l'enregistrement des entreprises de forme simplifiée et sur d'autres aspects de la microfinance.

59. **M. Otis** (Observateur de la New York State Bar Association) indique que son association appuie la proposition colombienne, conformément au paragraphe 10 du document A/CN.9/757.

60. **M. Edokpa** (Nigéria), **M^me^ Escobar Pacas** (El Salvador), **M^me^ Bonilla Robles** (Observatrice du Guatemala), **M. Ivančo** (République tchèque) et **M^me^ Fernandez Sobarzo** (Chili) expriment également leur soutien à la proposition colombienne de colloque sur la microfinance, qui doit revêtir une priorité dans les travaux futurs de la Commission.

61. **M. Kohn** (Observateur de la Commercial Finance Association) convient qu'un colloque sur la microfinance doit avoir priorité sur les autres propositions de travaux futurs de la Commission et que ce colloque devra permettre d'examiner la mise en place de mécanismes efficaces de règlement des litiges pour toutes les parties aux transactions de microfinancement, comme le suggère le représentant des États-Unis.

62. **M. Bellenger** (France) est d'avis que le colloque doit être un événement régional, puisque la proposition faite par la Colombie semble revêtir un intérêt particulier à la fois pour les pays d'Amérique du Nord et ceux d'Amérique du Sud.

63. **M^me^ Jamschon Mac Garry** (Argentine), appuyée par **M. Maradiaga** (Honduras), considère que

ce sera un progrès que d'examiner les mécanismes alternatifs de règlement des litiges afin de mettre en évidence ceux qui sont les plus à même d'aider les personnes sans ressources. Il sera également utile de réaliser une étude sur les modalités de la monnaie électronique, y compris l'intégrité des plates-formes de monnaie électronique, des protocoles de protection des renseignements personnels, et la possibilité pour les fournisseurs non bancaires de services de monnaie électronique de payer des intérêts sur la valeur stockée.

64. **M. Nama** (Cameroun) indique que la microfinance revêtant un intérêt particulier et une grande importance pour son gouvernement et la Banque centrale africaine, la délégation camerounaise appuie la proposition colombienne.

65. **M. Schoefisch** (Allemagne) fait savoir que sa délégation appuie l'organisation d'un colloque, éventuellement au niveau régional, sur la microfinance. Il demande si le Secrétariat est à même de dire si d'autres colloques auront lieu et si un groupe de travail sera créé pour examiner la question.

66. **M. Lemay** (Secrétariat) note qu'il semble y avoir un large soutien pour l'organisation d'un colloque sur la simplification des systèmes administratifs pour les PME, sur les mécanismes alternatifs de règlement des différends et sur les méthodes pour faciliter l'accès au crédit des micro-, petites et moyennes entreprises. Ces questions peuvent donc servir de base à des propositions de travaux futurs.

67. **M. Dennis** (États-Unis d'Amérique) est d'avis que la Commission doit se concentrer sur l'établissement et l'autonomisation de cadres juridiques pour les PME. Des questions importantes sont mises en évidence dans le document A/CN.9/757; à cet égard, la délégation des États-Unis appuie l'excellente proposition colombienne d'organisation d'un colloque sur la simplification de l'enregistrement des entreprises. Toutefois, étant donné que les délégations favorables à cette proposition appartiennent à toutes les régions du monde, il n'y a pas lieu de considérer que le microfinancement soit une question régionale.

68. **Le Président** note qu'il semble y avoir un soutien unanime à au moins un colloque – peut-être de portée régionale – sur la simplification de l'enregistrement des entreprises, la facilitation du crédit aux PME, les mécanismes de règlement des litiges et la mise en place d'un cadre juridique propice aux PME.

69. **M. Loken** (États-Unis d'Amérique) estime que ce colloque doit être considéré comme une priorité dans les travaux futurs aux fins de l'affectation des ressources de la Commission.

70. *Il en est ainsi décidé.*

**Avalisation de textes d'autres organisations**

71. **M. Lee** (Secrétariat) fait savoir que la Commission est invitée à approuver les nouvelles éditions des Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international, 2010 et les nouvelles règles Incoterms® 2010 publiées par la Chambre de commerce internationale (CCI).

72. **M. Estrella Faría** (Observateur de l'Institut international pour l'unification du droit privé, UNIDROIT) indique que l'édition 2010 des Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international contient quatre nouveaux chapitres sur l'illégalité, les conditions, la pluralité de débiteurs et de créanciers et la restitution en cas d'annulation des contrats, ainsi que des améliorations rédactionnelles. Le texte est disponible dans les deux langues officielles d'UNIDROIT, l'anglais et le français, et un certain nombre de traductions dans d'autres langues non officielles sont également postées sur le site Internet d'UNIDROIT.

73. **M. Lee** (Secrétariat), lisant une déclaration au nom de la CCI, souligne que les nouvelles règles Incoterms® 2010 cherchent à faciliter le déroulement du commerce au niveau mondial et à réduire le risque de complications juridiques. Depuis leur première publication en 1936, les règles Incoterms®, qui constituent une norme contractuelle mondialement acceptée, ont été régulièrement mises à jour afin de suivre les évolutions du commerce international. Les règles Incoterms® 2010 prennent en compte la multiplication des zones franches, le recours accru aux transactions électroniques, les problèmes grandissants de sécurité liés à la circulation des biens et les changements dans les pratiques de transport. Le nombre de règles a été ramené à 11, offrant une présentation plus simple et plus claire. En outre, la nouvelle édition des règles est rédigée en tenant compte des préoccupations d'égalité des sexes. Le

texte est le résultat de consultations approfondies, menées sur plusieurs années dans le monde entier avec des entreprises de tous les secteurs pertinents. Il reflète donc des pratiques commerciales internationales communes et répond à un besoin de normes mondiales régissant la vente de biens. La CCI espère que la CNUDCI continuera à soutenir ses travaux sur les transactions commerciales internationales.

74. **M. Reyes Villamizar** (Colombie) juge opportun et approprié pour la Commission d'approuver les nouveaux Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international, qui incorporent de nouveaux articles fondés sur des observations et suggestions présentées suite aux précédentes éditions de ces principes. Tant UNIDROIT que la CCI sont des institutions très respectées qui travaillent pour faire avancer le droit international privé; la Commission doit donc se positionner en faveur de l'harmonisation du droit international privé en avalisant ces textes, qui seront utilisés par les intervenants dans le commerce international.

75. **M. Chan** (Singapour) demande si, en avalisant les textes, la Commission les adopte dans le cadre de son propre corps de publications ou si elle recommande simplement leur utilisation.

76. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) précise que le libellé de la décision par laquelle la Commission avalisera les textes sera le même que celui utilisé les années précédentes.

77. **M. Madrid Parra** (Espagne) indique que sa délégation appuie les textes et la tradition de l'avalisation; néanmoins, le Secrétariat doit fournir des copies des textes ou en offrir un accès facile avant de demander à la Commission de prendre une décision sur l'avalisation. Il comprend que des questions de droit d'auteur se posent, notamment en ce qui concerne le texte de la CCI, mais les délégués doivent pouvoir consulter au préalable les textes qu'on leur demande d'approuver.

78. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) prend note des préoccupations exprimées par l'Espagne et fait savoir que le texte est consultable sur le site Internet de la CNUDCI, et que plusieurs copies papier sont également disponibles dans la salle de réunion pour les délégués.

79. *Il est décidé de recommander l'utilisation des Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international et des règles Incoterms® 2010.*

**Assistance technique pour la réforme du droit**

80. **M. Lemay** (Secrétariat) souligne que la coopération technique est tributaire de l'aide financière. Comme indiqué dans la section V du document A/CN.9/753, 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 suffiront uniquement à financer un nombre très restreint d'activités de coopération et d'assistance technique à l'avenir. Le Secrétariat envisage actuellement le recours au cofinancement et au partage des coûts pour maintenir au plus bas niveau possible les dépenses afférentes à ces activités, ainsi que la possibilité de faire appel aux missions permanentes auprès de l'ONU et à d'autres organismes publics et privés, afin de continuer à être en mesure d'accéder aux demandes d'assistance technique des pays en développement et de leur octroyer une aide au titre des frais de voyage. M. Lemay remercie le Gouvernement indonésien pour le don qu'il a fait récemment.

81. *La Commission approuve les propositions formulées par le Secrétariat*.

**Statut et promotion des textes juridiques de la CNUDCI**

82. **M. Castellani** (Secrétariat) indique que le statut des conventions et des lois types est mis à jour en temps réel sur le site Internet de la CNUDCI dans les six langues. Dans la pratique, la promulgation de lois et l'adoption de traités ont eu tendance à concerner surtout le règlement des litiges, le commerce électronique et la vente de biens. Toutefois, les États mettant en œuvre les textes en question n'en informent pas régulièrement le Secrétariat ou ne lui fournissent pas de copie des lois adoptées, de sorte qu'il n'est pas toujours facile de voir si celles-ci reproduisent fidèlement les lois types. L'élaboration de textes législatifs, tout comme l'interprétation et l'application uniformes des lois types de la CNUDCI, revêtent une grande importance, comme cela est souligné dans la note du Secrétariat sur l'orientation stratégique pour la CNUDCI (A/CN.9/752).

83. **M. Silverman** (Observateur de l'International Bar Association) rappelle que la Commission a entrepris des travaux pour lutter contre la fraude commerciale entre ses trente-cinquième et quarante et unième sessions, avec pour point culminant le colloque sur la fraude commerciale internationale, tenu à Vienne en avril 2004. Il est vital que le secteur privé contribue aux efforts réalisés pour lutter contre ce problème, et la CNUDCI peut contribuer à recadrer ces contributions en jouant un rôle de chef de file dans ce domaine. M. Silverman suggère d'autoriser le Secrétariat à organiser un séminaire ou un colloque sur les moyens de poursuivre ces efforts.

84. *Il en est ainsi décidé.*

**Coordination et coopération**

*a) Généralités*

85. **M. Lemay** (Secrétariat) indique que le document A/CN.9/749 examine les activités de coordination et de coopération avec un certain nombre d'organisations, tant au sein du système des Nations Unies qu'à l'extérieur de celui-ci. Ces activités concernent les travaux de tous les groupes de travail actuels; le Secrétariat a participé à des groupes d'experts, des groupes de travail et à des réunions plénières afin de partager des informations et son expertise et d'éviter la duplication des produits issus de ces différents travaux. La Commission souhaitera peut-être noter l'importance du travail de coordination entrepris par la CNUDCI et confirmer son appui à l'utilisation à cette fin des fonds destinés aux voyages autorisés de fonctionnaires.

86. *Il en est ainsi décidé.*

*b) Coordination dans le domaine de la sûreté*

*c) Rapports des autres organisations internationales*

87. **M. Lee** (Secrétariat) fait savoir que le document A/CN.9/720, approuvé par la Commission lors de sa dernière session, a été publié par les Nations Unies sous le titre "Textes de la CNUDCI, de la Conférence de La Haye et d'UNIDROIT sur les sûretés" et est actuellement disponible en anglais, chinois, espagnol et russe, et les traductions en arabe et en français devant suivre sous peu. Conformément à la décision prise par la Commission à sa quarante-quatrième session, le Secrétariat a établi un premier projet d'ensemble de principes de la Banque mondiale et de la CNUDCI, résumant le Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties.

88. Suite à la décision prise lors de la précédente session, le Secrétariat a communiqué une demande à la Commission européenne en vue d'activités en coordination sur la question de la cession de créances. La Commission européenne a informé le Secrétariat que le British Institute of International and Comparative Law a été chargé de mener une étude sur la question, dont les résultats sont en cours d'analyse par la Commission européenne. Le rapport de la Commission européenne sur les effets de la cession de créances sur la propriété sera publié en 2013. La Commission européenne s'est félicitée de l'adoption d'une approche concertée avec la CNUDCI. Cette dernière voudra sans doute demander au Secrétariat de continuer à collaborer étroitement avec la Banque mondiale et la Commission européenne sur ces thèmes respectifs.

89. **M. Tata** (Banque mondiale), remerciant la Commission et le Secrétariat pour l'appui qu'ils fournissent aux travaux de la Banque mondiale, en particulier dans les domaines de l'arbitrage commercial, des marchés publics, des sûretés et de l'insolvabilité, note que les travaux de la Commission et de ses divers groupes de travail revêtent une valeur inestimable pour la Banque mondiale et ses clients. M. Tata invite la Commission à participer au réseau de partage des connaissances que la Banque mondiale a récemment mis en place, le Forum mondial sur le droit, la justice et le développement.

90. **M. Estrella Faría** (Observateur de l'Institut international pour l'unification du droit privé, UNIDROIT) fait savoir que depuis la quarante-quatrième session de la Commission, UNIDROIT a achevé le travail commencé après le Sommet du Cap en 2001 en adoptant un Protocole portant sur les questions spécifiques aux biens spatiaux à la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles. M. Estrella Faría est heureux d'annoncer que l'on compte maintenant 51 États adoptants à la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles, ce qui en fait l'un des instruments internationaux les plus performants dans le domaine des opérations garanties.

91. Le Conseil d'administration de l'Union internationale des télécommunications a été invité à agir en tant qu'autorité de surveillance de la Convention. Une réunion du Comité d'experts gouvernementaux se tiendra à Rome en octobre 2012 pour examiner le projet finalisé de principes concernant l'applicabilité des clauses de compensation avec déchéance du terme, à laquelle participera aussi un représentant de la Commission.

92. Récemment, une réunion a eu lieu pour assurer le suivi de l'application de la Convention d'UNIDROIT sur les biens culturels volés ou illicitement exportés (Rome, 1995), qui est une contrepartie importante de la Convention concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels (1970) de l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO). On dénombre désormais 33 États signataires à la Convention d'UNIDROIT, qui fournit un cadre de droit privé pour la restitution des objets culturels volés ou illicitement exportés.

93. Des travaux ont été lancés récemment sur les aspects de droit privé du développement agricole, en collaboration avec l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO) et le Fonds international de développement agricole (FIDA), afin d'élaborer un guide juridique sur l'agriculture sous contrat, qui aidera à intégrer les petits exploitants dans les chaînes de valeur. Un colloque sur le sujet a eu lieu à Rome en novembre 2011, auquel a assisté, entre autres, un représentant de la Commission. On espère que d'autres activités pourront être menées en coopération dans ce domaine et d'autres.

94. *La Commission prend note de la recommandation du Secrétariat.*

*d) Les organisations internationales gouvernementales et non gouvernementales invitées aux séances de la CNUDCI et à ses groupes de travail*

95. **M. Lee** (Secrétariat) rappelle que conformément à l'article 9 du règlement intérieur et aux méthodes de travail adoptées à la quarante-troisième session de la Commission (A/CN.9/697) et à la décision pertinente prise à la quarante-quatrième session, une liste constamment mise à jour des organisations non gouvernementales et des autres organisations invitées qui ont participé aux travaux de l'un des groupes de travail ou à une réunion de la CNUDCI est disponible sur le site Internet de la Commission.

96. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) indique que, en plus des questions soulevées dans le document A/CN.9/752/Add.1 à propos de la coordination du travail avec d'autres organisations, la Commission pourrait envisager d'établir des liens avec des revues juridiques et encourager ainsi la publication et la promotion de ses travaux. On a également enregistré une augmentation des demandes de statut d'observateur de la part de groupes universitaires et de chercheurs, notamment plusieurs personnalités de renom, qui peuvent beaucoup contribuer aux travaux de la Commission. Cependant, les mêmes critères que ceux appliqués pour accorder le statut d'observateur aux organisations non gouvernementales doivent être appliqués aux candidats universitaires, en particulier celui de savoir s'ils peuvent apporter une contribution originale aux travaux de la Commission et si les régions ou systèmes juridiques concernés ne sont pas déjà bien représentés.

97. *La Commission prend note des recommandations et des informations présentées par le Secrétariat.*

**Présence régionale de la CNUDCI**

98. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) rappelle que le premier centre régional pour l'Asie et le Pacifique de la CNUDCI a été inauguré en janvier 2012 en République de Corée. Des discussions sont en cours avec d'autres régions et pays afin d'ouvrir d'autres centres de ce type. M. Sorieul remercie le Gouvernement de la République de Corée pour son soutien et son aide.

99. **M. Castellani** (Centre régional pour l'Asie et le Pacifique de la CNUDCI) indique que les trois membres du personnel du Centre sont rémunérés à l'aide de ressources extrabudgétaires et bénéficient du concours d'un expert national, détaché par le Ministère de la justice de la République de Corée. Le Centre s'est employé à identifier les priorités et les besoins régionaux et à organiser des événements, dont le premier aura lieu à l'automne 2012. Le Centre régional a dressé une cartographie des nombreux projets en cours dans le domaine du développement du secteur privé ainsi que des États qui sont actifs dans la région et qui peuvent apporter une contribution en fournissant une expertise ou d'autres ressources. Des

efforts ont été faits pour établir des contacts avec les États et maximiser ainsi l'impact des activités de coordination du Centre. M. Castellani demande que des ressources supplémentaires soient fournies, sous la forme de dons, de services en nature ou de personnel détaché. Cette aide serait extrêmement bienvenue, qu'elle vienne des pays de la région mais aussi d'autres pays. M. Castellani souligne enfin que la plupart des demandes d'assistance viennent de pays d'Asie de l'Est et concernent les mécanismes alternatifs de règlement des litiges, la vente de biens et le commerce électronique et que le Centre travaille en étroite collaboration avec la Commission économique et sociale pour l'Asie et le Pacifique.

100. **M. Chan** (Singapour) fait savoir que son gouvernement a tenu des discussions avec le Secrétariat afin d'établir un centre régional à Singapour. Le centre envisagé assurera des formations, qui pourraient avoir une portée plus large que les textes de la CNUDCI et la fourniture d'informations et de données mises à jour sur les textes de la Commission; elles viseront aussi à encourager les États de la région à adopter ces textes. Le centre organisera également des réunions de fond dans la perspective des réunions de rédaction et facilitera l'échange d'informations. Le Gouvernement singapourien offre son soutien, y compris financier. Il espère que le centre sera inauguré à la fin de 2012 ou au début de 2013. Un réseau de centres régionaux et sous-régionaux aidera la Commission à s'acquitter de son mandat et à œuvrer en faveur de la paix et du développement au niveau mondial.

101. **M. Kamau** (Kenya) considère qu'étant donné que la Commission joue un rôle clef dans le système international de commerce et d'emploi, il est indispensable qu'elle ait une présence en Afrique. Son pays espère accueillir un centre régional à Nairobi, où sont situés plus de 25 bureaux régionaux de diverses organisations internationales, notamment l'Organisation des Nations Unies. Un centre régional doit agir comme un centre d'excellence pour l'ensemble du continent en offrant une aide au renforcement des capacités dans des domaines tels que les technologies de l'information et des communications et la monnaie électronique. Bien que l'Afrique soit le continent où l'intégration progresse le plus rapidement, ses systèmes institutionnels et juridiques sont à la traîne. Grâce à ses infrastructures et à son climat social et économique, Nairobi offre un environnement favorable à un centre régional de la CNUDCI et dispose de tous les moyens nécessaires pour assurer ses liens stratégiques avec les autres centres régionaux et le siège de la Commission. Le Gouvernement kényan est prêt et disposé à accueillir un tel centre et à mettre à sa disposition les locaux requis.

102. **M. Kim** Jong Woo (République de Corée) estime que les centres régionaux doivent coordonner leurs travaux et activités.

103. **M. Maradiaga** (Honduras) indique que son gouvernement a exprimé le souhait d'accueillir un centre régional pour l'Amérique latine et les Caraïbes. Il demande quels sont les critères pour l'établissement d'un tel centre.

104. **M^me^ Narbuada** (Philippines) salue la proposition d'un centre régional à Singapour et exprime son soutien à la mise en place d'un tel centre au Kenya, car cela favoriserait le commerce mondial et le développement en Asie du Sud-Est et en Afrique.

105. **M. Mugasha** (Ouganda) exprime son soutien à un centre régional au Kenya, qui jouera un rôle bénéfique dans la région du centre et de l'est de l'Afrique et permettra d'approfondir la coopération existante en Afrique de l'Est.

### La planification stratégique

106. **M. Lemay** (Secrétariat) appelle l'attention de la Commission sur les documents A/CN.9/752 et A/CN.9/752/Add.1 et demande qu'elle prenne note des questions pour lesquelles le Secrétariat requiert des orientations supplémentaires (par. 26, A/CN.9/752/Add.1).

107. **Le Président** précise que la Commission a pris note des documents et que les États enverront leurs observations au Secrétariat pour examen.

108. **M. Bellenger** (France) demande que du temps puisse être consacré à la fin de la session en cours à des échanges de vues plus approfondis sur l'orientation stratégique pour la Commission, d'autant que les débats sur la question ont duré plus de deux jours à la session précédente.

109. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) indique que, malheureusement, il n'y aura pas suffisamment de temps pour reprendre cette discussion. Le Secrétariat n'essaie cependant pas

d'éviter la question, mais d'autres débats approfondis auront lieu avant la prochaine session.

110. *La Commission accepte la proposition du Secrétariat.*

**Questions diverses**

*Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme*

111. **M. Lee** (Secrétariat) indique que la Commission souhaitera sans doute prendre acte du fait que le Secrétariat a reçu du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme une copie de la résolution du Conseil des droits de l'homme sur les droits de l'homme et les sociétés transnationales et autres entreprises (A/HRC/RES/17/4), qui demande aux organismes des Nations Unies de promouvoir la diffusion effective et globale et la mise en œuvre des Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, figurant en annexe au rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises (A/HRC/17/31). Le Secrétariat est également invité à contribuer au rapport du Secrétaire général sur la mise en œuvre de cette résolution.

112. Le Secrétariat recommande que la Commission adopte une décision semblable à celle qu'elle avait adoptée lors de sa trente-septième session sur la question du Pacte mondial, dans laquelle elle recommande que les États membres et les observateurs fassent connaître ce pacte aux entreprises privées et aux associations professionnelles de leurs pays afin de promouvoir une plus grande adhésion à cette initiative et son application plus large.

*Programme de stages*

113. **M. Lee** (Secrétariat) indique qu'il y a 11 nouveaux stagiaires qui travaillent au secrétariat de la CNUDCI, mais qu'il y a eu plusieurs annulations de dernière minute de la part de candidats de pays en développement. En outre, il s'est révélé difficile de trouver des candidats qualifiés originaires de pays d'Afrique, d'Amérique latine et des Caraïbes, ainsi que des candidats ayant des compétences en langue arabe.

*Évaluation du rôle du Secrétariat dans la facilitation du travail de la Commission*

114. **M. Lee** (Secrétariat) fait savoir que suite à l'engagement pris par la Commission à sa quarantième session en 2007 de fournir au Secrétariat des informations en retour sur la contribution qu'il apporte au bon déroulement des travaux de la Commission, un questionnaire d'évaluation de la satisfaction a été distribué à tous les membres de la Commission à la fin de la session précédente. Six délégations l'ont renvoyé et les appréciations se traduisent par une note moyenne de 4,83 (5 étant la note la plus élevée).

*Élection d'États membres de la CNUDCI*

115. **M. Lee** (Secrétariat) rappelle aux membres de la Commission que le mandat de 30 États membres arrive à expiration un jour avant le début de la prochaine session de la Commission en 2013. Les élections des nouveaux membres auront lieu au cours de la soixante-septième session de l'Assemblée générale. Les dates n'ont pas encore été confirmées, mais les États intéressés sont invités à consulter d'abord leurs groupes régionaux respectifs sur les questions de désignation. Les membres sortants sont éligibles à une réélection, et les États membres élus exercent un mandat de six ans.

*Recours aux comptes rendus analytiques de séance*

116. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) précise, comme cela a été décidé lors d'une réunion antérieure, que la Commission continuera à demander la couverture de ses séances par des comptes rendus analytiques, mais expérimentera les enregistrements audionumériques dans toutes les langues qui sont réalisés par les services de gestion des conférences.

117. **M. Loken** (États-Unis d'Amérique) souligne qu'il n'a pas compris qu'une décision avait été prise sur la question du recours aux comptes rendus analytiques de séance.

118. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) explique qu'il n'y a pas eu de décision définitive; mais les délégués auront également accès aux enregistrements audionumériques en complément des comptes rendus analytiques. Une décision finale sera prise sur la base des commentaires qui seront formulés sur cette expérience.

*Cadre stratégique pour 2014/15*

119. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) indique que, sous réserve de l'accord de la Commission, on peut reprendre le libellé de la décision figurant dans le rapport de 2010 sur le cadre stratégique pour 2012/13, car les préoccupations soulevées concernant les questions budgétaires restent les mêmes.

120. **M^me^ Jamschon Mac Garry** (Argentine) encourage la Commission et les observateurs à diffuser les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme du Conseil des droits de l'homme auprès des entreprises privées et des chambres de commerce nationales et demande que cette question soit inscrite à l'ordre du jour de la Commission.

121. **M. Reyes Villamizar** (Colombie) signale que le Congrès colombien a promulgué une nouvelle loi sur l'arbitrage national et international en juin 2012. En ce qui concerne la réglementation du commerce international, la nouvelle loi tient pleinement compte de la Loi type de la CNUDCI.

**Date et lieu des futures réunions**

122. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) appelle l'attention sur un certain nombre de modifications apportées au calendrier provisoire des réunions des groupes de travail. Le calendrier définitif sera distribué à la fin de la session, mais les dates pourront être modifiées facilement si nécessaire, même à la dernière minute.

*La séance est levée à 18 h 25.*

## Compte rendu analytique de la 956e séance tenue au Siège, à New York, le vendredi 6 juillet 2012, à 10 heures

[A/CN.9/SR.956]

*Président*: M. Sikirić (Croatie)

*La séance est ouverte à 10 h 10.*

*La séance est suspendue à 10 h 10; elle est reprise à 10 h 20.*

### Adoption du rapport de la Commission

1. **Le Président** invite le Rapporteur, M. Mugasha (Ouganda) à présenter le projet de rapport de la Commission sur les travaux de sa quarante-cinquième session.

2. **M. Mugasha** (Ouganda), Rapporteur, dit que le document A/CN.9/XLV/CRP.1 et ses additifs 1 à 22 conjointement avec le document A/CN.9/XLV/CRP.2 constitueront le rapport de la Commission. Ayant déjà adopté les additifs 1 à 3 et le document A/CN.9/XLV/CRP.2, la Commission portera son attention sur le document A/CN.9/XLV/CRP.1 et les additifs restants.

*A/CN.9/XLV/CRP.1*

3. **Mme Gross** (Secrétariat) dit que Cuba devrait être ajouté à la liste des observateurs au paragraphe 6.

4. *Le document A/CN.9/XLV/CRP.1 est adopté tel qu'il a été révisé oralement*.

*A/CN.9/XLV/CRP.1/Add.4*

5. *Le document A/CN.9/XLV/CRP.1/Add.4 est adopté*.

*A/CN.9/XLV/CRP.1/Add.5*

6. **M. Loken** (États-Unis d'Amérique) fait observer qu'au paragraphe 9 le membre de phrase "présumait de la date à partir de laquelle les parties à une convention d'arbitrage étaient présumées s'être référées au Règlement en vigueur à la date à laquelle commençait l'arbitrage" prêtait à confusion.

7. **Mme Sabo** (Canada) propose de la modifier par le libellé suivant "présumait de la date à partir de laquelle commençait l'arbitrage".

8. **Mme Millicay** (Argentine) dit que la dernière phrase du paragraphe 9: "Cette proposition n'a pas été appuyée" est tout à fait inappropriée dans le contexte d'organes de décision fonctionnant par consensus comme le leur, où l'accord se traduit souvent par l'absence d'objection plutôt que par un appui actif. La formule "n'a pas été appuyée" doit être systématiquement évitée au titre d'une règle de rédaction suivie par la CNUDCI. Suivant une suggestion de **M. Schoefisch** (Allemagne), l'intervenante propose que la phrase soit remplacée par la suivante: "La proposition n'a pas été adoptée". Également dans le même paragraphe, au nom de la précision, les termes "il a été proposé" devraient être remplacés par "une délégation a proposé".

9. **M. Loken** (États-Unis d'Amérique) fait observer qu'au paragraphe 10, le membre de phrase "dans ce cas, l'autorité de nomination interviendra" devrait, pour être grammaticalement correct, être remplacé d'un commun accord par "devra en tout état de cause intervenir". Au paragraphe 11, en ce qui concerne les révisions des paragraphes 38 et 44 du document A/CN.9/746/Add.1, il n'est pas mentionné qu'au paragraphe 44 de ce document, la Commission a décidé en outre de supprimer le membre de phrase "et de sa nationalité, dont il est recommandé qu'elle diffère de celle des parties" parce que ces termes ne vont pas exactement dans le sens du Règlement. La Commission a donc décidé d'aligner le paragraphe 38 sur le paragraphe 44, tel qu'il a été révisé. Cependant, le paragraphe 11 indique qu'il a été convenu d'aligner le paragraphe 38 sur le libellé du Règlement de 2010. La Commission doit décider, à propos des deux paragraphes, s'il y a lieu d'en modifier les termes pour respecter le sens du Règlement ou de les supprimer purement et simplement, en quel cas elle devra veiller à ce que le rapport reflète cette décision.

10. **Mme Sabo** (Canada) a compris elle aussi que le paragraphe 38 serait aligné sur le paragraphe 44.

11. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) rappelle que l'objection initiale au libellé du

paragraphe 44 est que la recommandation va au-delà de ce qui est préconisé dans le Règlement d'arbitrage. La Commission pourrait soit supprimer les termes, soit en employer de plus neutres.

12. **M. Mugasha** (Ouganda), Rapporteur, croit comprendre que la Commission a décidé de remanier la recommandation mais pas de la supprimer.

13. **M. Loken** (États-Unis d'Amérique) propose que la phrase du paragraphe 11 du rapport de la Commission soit révisée et s'énonce en ces termes: "Il a été convenu également d'aligner le membre de phrase 'dont il est recommandé qu'elle diffère de celle des parties' de même que des termes similaires du paragraphe 38, sur le paragraphe 7 de l'article 6 du Règlement de 2010".

14. *Il en est ainsi décidé.*

15. **M. Loken** (États-Unis d'Amérique) dit que l'expression "et de supprimer les mots 'dans son examen'" devrait être ajoutée au paragraphe 16. Dans la première phrase du paragraphe 22, de la version anglaise, le membre de phrase "under existing and future investment treaties" apparaît deux fois par erreur et il conviendrait de supprimer la répétition [sans objet en français].

16. **M^me^ Jamschon Mac Garry** (Argentine) dit qu'au paragraphe 21 le membre de phrase "Il a été proposé de prier le Groupe de travail de terminer ses travaux" devrait être remplacé par "Certaines délégations ont prié le Groupe de travail de terminer ses travaux", et à la phrase suivante, les mots "et délicate" devraient être ajoutés après "complexe". Au paragraphe 23, il conviendrait de remplacer le mot "prié" par "encouragé".

17. **M^me^ Matias** (Israël) fait observer que d'après le paragraphe 22, l'applicabilité du Règlement sur la transparence dans le contexte des traités d'investissements existants ou futurs "devait être examinée aussi bien en ce qui concerne les premiers que les seconds". Étant donné que ce libellé peut être faussement interprété dans le sens que la Commission privilégie une certaine forme d'application rétroactive du Règlement à des traités existants, l'intervenante propose que les termes soient modifiés pour indiquer plutôt qu'"il s'agit d'une question complexe et délicate qui devrait être soigneusement examinée".

18. *Le document A/CN.9/XLV/CRP.1/Add.5, tel que révisé oralement, est adopté.*

*A/CN.9/XLV/CRP.1/Add.6*

19. **M^me^ Trent** (États-Unis d'Amérique) souligne qu'il importe que le projet de rapport reflète fidèlement le contexte de certains commentaires. À cette fin, le paragraphe 7 devrait devenir le paragraphe 6 c) et devrait être réécrit pour s'énoncer comme suit: "On note également que certains États rendent des décisions qui ne sont contraignantes que pour les entreprises ou les vendeurs et non pour les consommateurs, et il est suggéré que cette approche pourrait être adoptée ici."

20. **M^me^ Sabo** (Canada) fait observer que le paragraphe 7 exprime une suggestion et ne doit pas être transposé comme alinéa c) du paragraphe 6, qui exprime une crainte.

21. **M. Schoefish** (Allemagne), appuyé par **M. Maradiaga** (Honduras), dit qu'il peut accepter le déplacement du paragraphe mais que le libellé proposé dénature ce qu'a dit la délégation allemande. La phrase originale serait cependant plus précise si elle était libellée comme suit: "Il a également été suggéré qu'une approche appropriée pourrait être de ne rendre les décisions contraignantes que pour les entreprises ou les vendeurs, et non pour les consommateurs."

22. **M. Madrid Parra** (Espagne) ne voit pas non plus d'inconvénient à ce que le paragraphe 7 devienne 6 c).

23. **M^me^ Aburime** (Nigéria) note que le projet de document ne tient pas compte d'une question soulevée par la délégation nigériane dans sa déclaration au nom du Groupe africain. Il conviendrait d'ajouter la phrase suivante au paragraphe 7: "Il a cependant été souligné qu'il importait de donner confiance aux consommateurs et aux vendeurs des pays en développement et que les petites entreprises ne pouvaient obtenir de dédommagements de consommateurs étrangers dans leurs pays d'origine."

24. **M^me^ Matias** (Israël) fait observer que les remarques formulées par les délégations des États-Unis et du Nigéria corroborent le problème fondamental, à savoir que le projet de texte ne rend pas fidèlement compte du débat. Elle est disposée à seconder la proposition des États-Unis si l'on peut trouver les termes qui conviennent. À ce propos,

remplacer les termes “de ne rendre les décisions contraignantes…” par “pourrait être de ne rendre les décisions contraignantes” est indiqué.

25. **M^me^ Trent** (États-Unis d’Amérique) dit que la délégation des États-Unis tient essentiellement à ce que le rapport traduise la nature du débat. Elle serait d’accord pour adopter la version “pourrait être de ne rendre” à condition que le paragraphe 7 devienne 6 c). S’il n’est pas transposé, le libellé proposé par le Nigéria devrait y être ajouté.

26. **M. Schoefisch** (Allemagne), appuyé par **M^me^ Cap** (Autriche) et **M. Ivančo** (République tchèque), estime que le texte du Nigéria serait mieux placé au paragraphe 5 c).

27. **M^me^ Sabo** (Canada), secondée par **M. Leinonen** (Observateur de la Finlande), souligne qu’il est essentiel de préserver la logique du rapport. Elle pense également que le texte proposé par le Nigéria devrait être ajouté au paragraphe 5 c) puisqu’il se rapporte au même sujet. Par contre, le paragraphe 7 exprime une suggestion et ne devrait pas être intégré dans le paragraphe 6 qui énumère des préoccupations.

28. **M. Ivančo** (République tchèque) dit qu’au contraire, la proposition des États-Unis est logique, car les paragraphes 6 a) et 7 se rapportent tous deux aux droits des consommateurs.

29. **M^me^ Cap** (Autriche), secondée par **M. Wijnen** (Observateur des Pays-Bas), fait observer que si la Commission remplaçait la phrase d’introduction du paragraphe 6 par “d’autres points de vue ont été exprimés”, le paragraphe 7 pourrait logiquement devenir paragraphe 6 c).

30. **M. Decker** (Observateur de l’Union européenne) souscrit à la position de la délégation canadienne, ainsi qu’à la substitution suggérée par la représentante de l’Autriche, et estime que le texte proposé par le Nigéria devrait être incorporé dans le paragraphe 5c).

31. **M^me^ Aburime** (Nigéria) dit que la délégation nigériane est disposée à accepter l’intégration de sa proposition dans le paragraphe 5 bien qu’à la différence du reste du paragraphe, elle exprime une préoccupation à propos d’une décision contraignante, plutôt que de potentiels avantages.

32. **M^me^ Mokaya-Orina** (Kenya) approuve l’inclusion de la proposition nigériane dans le paragraphe 5 tout en faisant observer qu’elle aurait eu plus de poids dans le paragraphe 7.

33. **M^me^ Trent** (États-Unis d’Amérique), appuyée par **M^me^ Sabo** (Canada) et **M^me^ Matias** (Israël), dit que les propositions de l’Autriche et de l’Allemagne devraient être toutes deux adoptées. En d’autres termes, le chapeau du paragraphe 6 devrait être remanié et libellé comme suit: “d’autres points de vue ont été exprimés” et le paragraphe 7 révisé deviendrait 6 c), tandis que le texte du Nigéria serait incorporé dans le paragraphe 5.

34. **M^me^ Sabo** (Canada), appuyée par **M^me^ Cap** (Autriche) et **M. Schoefisch** (Allemagne), précise que si l’on réécrit le paragraphe 6 pour remplacer “craintes” par “points de vue”, il faudra aux alinéas a) et b) de la version anglaise [sans objet en français] remplacer “might” par “would”.

35. **M. Madrid Parra** (Espagne) dit que le représentant de la République tchèque a indiqué que le paragraphe 7 est logiquement assimilé au paragraphe 6 a). S’il est transposé il devrait être placé après 6 a) et le paragraphe 6 b) deviendrait 6 c).

36. **M^me^ Cap** (Autriche), appuyée par **M. Schoefisch** (Allemagne), déclare qu’il faudrait remanier le paragraphe 6 plus avant afin de bien préciser qu’il est axé sur les litiges entre entreprises et consommateurs; il faudrait à cet effet introduire l’alinéa a) du paragraphe 6 par la phrase suivante “Pour des litiges entre entreprises et consommateurs”, et l’alinéa b) par “Si le règlement des litiges en ligne prévoit un arbitrage pour les différends entre entreprises et consommateurs”. Il conviendrait en outre d’ajouter à la fin du premier alinéa une mention particulière concernant les consommateurs de pays en développement et de pays sortis d’un conflit.

37. **M^me^ Matias** (Israël), appuyée par **M. Madrid Parra** (Espagne) et **M^me^ Trent** (États-Unis d’Amérique), marque son désaccord avec la proposition de faire référence aux consommateurs de pays en développement et de pays sortis d’un conflit. Durant la session, aucune mention n’a été faite à ces consommateurs dans le contexte de décisions contraignantes.

38. **M. Decker** (Observateur de l’Union européenne) rappelle qu’en priant instamment le Groupe de travail d’accorder une plus grande attention à la situation de consommateurs parties à une procédure de règlement

de litiges en ligne comme défendeurs, le représentant de l'Allemagne a spécifiquement précisé que le résultat de cette procédure aurait des incidences sur tous les consommateurs, de pays développés comme de pays en développement ou de pays sortis d'un conflit.

39. **M. Schoefisch** (Allemagne), secondé par **M^me^ Trent** (États-Unis d'Amérique), **M^me^ Mokaya-Orina** (Kenya) et **M^me^ Cap** (Autriche) dit que les observations formulées par la délégation allemande devront être répercutées dans le rapport, de préférence par l'insertion, à l'alinéa b) du paragraphe 9, des termes "dans les pays développés et en développement" après l'expression "sur la protection des consommateurs".

40. **M^me^ Trent** (États-Unis d'Amérique) exprime son désaccord avec la proposition canadienne de remplacer, dans le paragraphe 6 de la version anglaise [sans objet en français] les mots "might" par "would", qui ont un sens bien différent.

41. **M^me^ Sabo** (Canada) maintient que dans le contexte des vues exprimées, "would" convenait mieux; l'orateur a indiqué une certitude, et non une éventualité. La délégation canadienne appuie les révisions proposées par la délégation autrichienne de mettre davantage l'accent sur les litiges entre entreprises et consommateurs. La référence aux pays en développement et aux pays sortis d'un conflit pourrait être insérée dans le paragraphe 6 ou, comme l'a suggéré le représentant de l'Allemagne, dans le paragraphe 9. La Commission doit en outre décider où inclure les remarques sur la situation des consommateurs en tant que défendeurs.

42. **M^me^ Mokaya-Orina** (Kenya) propose qu'à l'alinéa b) du paragraphe 6, le membre de phrase "au moyen de la Convention de New York" soit supprimé, étant donné que les parties à un litige ne sont pas nécessairement parties à la Convention.

*La séance est suspendue à 12 h 25; elle est reprise à 12 h 40.*

43. **M. Lemay** (Secrétariat) récapitulant les révisions sur lesquelles les membres de la Commission semblent s'être mis d'accord jusqu'à présent, dit qu'au paragraphe 5 il est proposé d'ajouter le texte du Nigéria à la phrase d'introduction. Le chapeau du paragraphe 6 devrait se lire comme suit "En réponse, d'autres points de vue ont été exprimés"; dans la version anglaise, le mot "might" doit être remplacé "would"; la phrase "pour les litiges entre entreprises et consommateurs" doit être insérée au début de l'alinéa a) et la phrase "Si le règlement des litiges en ligne prévoit un arbitrage pour les différends entre entreprises et consommateurs" doit être insérée au début de l'alinéa b). Le paragraphe 7 révisé devrait devenir paragraphe 6 c). Finalement, à la fin de l'alinéa b) du paragraphe 9, après "protection des consommateurs", il conviendra d'ajouter "dans les pays développés et en développement et ceux qui sont sortis d'un conflit".

44. *Il en est ainsi décidé.*

45. **M. Schoefisch** (Allemagne), appuyé par **M^me^ Sabo** (Canada), dit que le paragraphe 4 du document A/CN.9/XLV/CRP.1/Add.6 devrait indiquer également que des vues ont été exprimées, dont le Groupe de travail devra fidèlement rendre compte dans son rapport à la Commission, sur les incidences de la résolution des litiges en ligne pour la protection du consommateur lorsque le consommateur est en même temps le défendeur.

46. **M^me^ Trent** (États-Unis d'Amérique) dit que si l'on ajoute cet argument il conviendra de préciser également que selon certains avis exprimés, le rapport du Groupe de travail est suffisant.

47. **M. Decker** (Observateur de l'Union européenne) suggère d'éviter la question de savoir si le Groupe de travail a rempli son mandat, question sur laquelle aucun accord ne s'est fait. Une solution de compromis pourrait trouver son expression dans la phrase suivante: "La Commission note également la position selon laquelle le Groupe de travail devrait examiner plus attentivement les incidences de ses délibérations sur la protection du consommateur lorsque ce dernier est également le défendeur dans une procédure de règlement des litiges en ligne."

48. **M^me^ Trent** (États-Unis d'Amérique), secondée par **M. Madrid Parra** (Espagne) et **M^me^ Matias** (Israël), exprime son désaccord avec la proposition de l'observateur de l'Union européenne. La Commission n'a pas pris acte de cette position.

49. **Le Président** dit qu'il croit comprendre qu'il devra demander au Secrétariat de répercuter dans le rapport de la Commission, les vues exprimées par les délégations de l'Allemagne et des États-Unis.

50. *Il en est ainsi décidé.*

51. **M^me^ Sabo** (Canada), appuyée par **M^me^ Cap** (Autriche), estime que la phrase “y compris dans les cas où le consommateur est également le défendeur dans une procédure de règlement des litiges en ligne” devrait être ajoutée au paragraphe 9 b) après la référence aux pays sortis d’un conflit. Le texte suivant cette insertion deviendrait alors une phrase séparée.

52. **M. Schoefish** (Allemagne), appuyé par **M^me^ Cap** (Autriche), dit que dans le même paragraphe, il conviendrait d’ajouter les termes “les points énumérés au paragraphe 5” après les termes “dans ses délibérations”.

53. **M^me^ Trent** (États-Unis d’Amérique) répond qu’elle ne peut approuver la proposition de la délégation allemande car les points en question sont déjà repris au paragraphe 9 a). Elle souscrit à la suggestion de la représentante du Canada, sauf à l’idée de faire une phrase séparée, estimant que le texte qui suit l’insertion devrait être supprimé. Par cette insertion le Groupe de travail est prié de faire rapport à la Commission sur ses délibérations, ce qui peut être interprété de manière erronée dans le sens que le Groupe de travail devrait établir un deuxième rapport sur les questions de protection du consommateur, alors qu’en fait la Commission a nettement refusé de demander ce rapport.

54. **M. Schoefisch** (Allemagne) dit que, comme les alinéas a) et b) demandent tous deux au Groupe de travail de rendre compte à la Commission sur les points respectifs, ce point est clair et il n’y a pas d’autres changements à faire.

*La séance est levée à 13 h 5.*

## Compte rendu analytique de la 957e séance tenue au Siège, à New York, le vendredi 6 juillet 2012, à 15 heures

[A/CN.9/SR.957]

*Président*: M. Sikirić (Croatie)

*La séance est ouverte à 15 heures.*

**Adoption du rapport de la Commission** (*suite*)

*A/CN.9/XLV/CRP.1/Add.6*

1. **Le Président** déclare que la dernière version du texte reprend toutes les suggestions faites à la séance précédente. Il est demandé aux délégués de parvenir à un accord sur le document afin de permettre au Comité de poursuivre ses travaux.

2. **M. Lemay** (Division du droit commercial international) déclare que conformément aux discussions précédentes, les paragraphes 1 à 3 sont restés inchangés; deux phrases ont été ajoutées à la fin du paragraphe 4: "D'après certains avis, le Groupe de travail n'avait pas pleinement rendu compte à la Commission des effets sur la protection des consommateurs, en particulier lorsque le consommateur était le défendeur dans un litige. Selon d'autres avis, le rapport du Groupe de travail à la Commission était suffisant à cet égard"; une nouvelle phrase a été ajoutée au début du paragraphe 5: "Il a été souligné qu'il était important de créer la confiance pour les consommateurs et les vendeurs des pays en développement, développés et de ceux en situation d'après conflit et que les petites entreprises ne pourraient pas obtenir réparation contre les consommateurs étrangers résidant dans leur propre pays"; le chapeau du paragraphe 6 est remplacé par ce qui suit: "Selon d'autres avis exprimés:"; l'alinéa a) du paragraphe 6 se lit à présent comme suit: "En ce qui concerne les litiges entre fournisseurs et consommateurs, un système impliquant des décisions exécutoires, dans la mesure où il supprimerait l'accès d'une partie aux tribunaux nationaux, porterait atteinte aux droits des consommateurs"; l'alinéa b) du paragraphe 6 se lit à présent comme suit: "Si la résolution des litiges en ligne prévoyait l'arbitrage en cas de litige entre fournisseur et consommateur, il se poserait des problèmes au stade de la reconnaissance et de l'exécution en ce sens que ce processus ne prévoit pas les conditions préalables à l'exécution en vertu de la Convention de New York"; le paragraphe 7 est devenu l'alinéa c) du paragraphe 6 et se lit à présent comme suit: "Il pourrait être approprié de ne prendre de décisions contraignantes que contre les entreprises et les vendeurs et non contre les consommateurs"; le paragraphe 8 devient le paragraphe 7 et reste inchangé; l'alinéa a) du paragraphe 9 est devenu l'alinéa a) du paragraphe 8 et se lit à présent comme suit: "Que le Groupe de travail devrait examiner à une prochaine séance de la Commission comment les règles répondent aux besoins des pays en développement et de ceux qui sortent d'un conflit, notamment en ce qui concerne le besoin qu'une phase d'arbitrage fasse partie du processus"; l'alinéa b) du paragraphe 9 est devenu l'alinéa b) du paragraphe 8 et se lit à présent comme suit: "Que le Groupe de travail devrait continuer d'inclure dans ses délibérations les effets de la résolution des litiges en ligne sur la protection des consommateurs dans les pays en développement, développés et dans ceux en situation d'après conflit, y compris sur les cas où le consommateur est le défendeur dans un processus de résolution des litiges en ligne".

3. **Mme Gontier** (Observatrice de la Commission européenne), appuyée par **Mme Cap** (Autriche) et **M. Wijnen** (Observateur des Pays-Bas), estime que l'addition proposée au paragraphe 5 devrait être introduite après la première phrase, pas avant, de manière à indiquer clairement qu'elle se rapporte à l'avis pertinent qui a été exprimé.

4. **Mme Trent** (États-Unis d'Amérique), appuyée par **M. Schoefisch** (Allemagne), **Mme Cap** (Autriche) et **M. Wijnen** (Observateur des Pays-Bas), dit que dans le nouvel alinéa c) du paragraphe 8, il conviendrait d'ajouter les mots "y compris l'arbitrage et d'éventuelles alternatives à l'arbitrage, afin d'assurer que toutes les options ont été incluses et pour refléter le débat".

5. **Mme Matias** (Israël) déclare qu'en libellant ainsi cet alinéa, la Commission laisse entendre au Groupe

de travail que l'arbitrage pourrait être éliminé et remplacé par des autres options, ce qui ne reflète pas fidèlement les discussions qui ont eu lieu. Sa délégation préfère garder le texte actuel et supprimer les mots "y compris d'éventuelles alternatives à l'arbitrage" et terminer la phrase de l'alinéa c) du paragraphe 8 par les mots "y compris l'arbitrage".

6. **M. Bellenger** (France) souligne que jusqu'à présent, le Groupe de travail n'a examiné que l'arbitrage, et qu'il serait temps d'étudier les alternatives; le libellé présenté au début de la séance est par conséquent préférable. Il note également que le mot "éventuelles" dans la version française laisse supposer que l'existence d'alternatives à l'arbitrage est en doute et suggère de le remplacer par le mot "possibles" ou simplement de supprimer toute épithète.

7. **M^me^ Sabo** (Canada) approuve et déclare que pour faire avancer le débat, sa délégation accepte le changement proposé par le représentant des États-Unis. Sa délégation ne partage pas l'interprétation donnée au texte actuel par la délégation israélienne.

8. **Le Président** déclare que le changement proposé par le représentant des États-Unis à l'alinéa c) du paragraphe 9, avec l'appui de l'Allemagne et du Canada, répond à toutes les préoccupations exprimées. Il propose qu'à moins d'objections, cet ajout soit adopté.

9. *Il en est ainsi décidé.*

10. **Le Président** déclare que le changement proposé au paragraphe 5 nécessite plus qu'une permutation de phrases et estime que ce paragraphe devrait rester inchangé.

11. **M. Schoefisch** (Allemagne) souligne que l'avis exprimé dans la première phrase ajoutée au paragraphe 5 n'est qu'un avis parmi d'autres exprimés à la réunion, ce qu'il conviendrait de préciser si cette phrase devait être placée après la première phrase originale.

12. **Le Président** suggère de placer la nouvelle phrase proposée pour le paragraphe 5 dans un paragraphe distinct et de modifier les numéros des paragraphes suivants en conséquence.

13. *Il en est ainsi décidé.*

14. *Le document A/CN.9/XLV/CRP.1/Add.6, tel que modifié oralement, est adopté.*

*A/CN.9/XLV/CRP.1/Add.7*

15. **M^me^ Sabo** (Canada) propose d'ajouter les mots "d'identifier et" avant les mots "de se concentrer" et de remplacer le mot "proposé" par le mot "recommandé" dans la deuxième phrase du paragraphe 4.

16. **M. Loken** (États-Unis d'Amérique) estime que la première phrase du paragraphe 4 laisse planer une fausse impression sur le débat qui s'est déroulé.

17. **M. Schoefisch** (Allemagne) déclare que son pays est le seul à avoir procédé à des consultations, encore que le représentant de Singapour ait indiqué que des consultations se poursuivaient dans son pays. Par ailleurs, des doutes ont été exprimés sur le point de savoir si le Groupe de travail devrait poursuivre ses travaux sur les documents transférables électroniques. Cette phrase aurait pu être rédigée de la façon suivante: "Il a été noté que si les consultations en cours montraient qu'il n'y avait pas de demande de documents transférables électroniques dans un État, notamment en raison des craintes de fraude, elles se poursuivaient dans d'autres États; on s'est dit largement favorable à ce que le Groupe de travail poursuive ses travaux dans ce domaine."

18. **M. Loken** (États-Unis d'Amérique) estime qu'il ne faudrait pas supprimer le mot "largement" car les commentaires ont été largement favorables à ce que le Groupe de travail poursuive ses travaux dans ce domaine. Sa délégation accepte le nouveau libellé concernant les consultations.

19. **M. Madrid Parra** (Espagne) fait observer que seules trois délégations ont exprimé des réserves concernant la poursuite des travaux du Groupe de travail.

20. **M^me^ Sabo** (Canada) déclare que sa délégation est favorable à la modification proposée par la délégation allemande. Toutefois, comme les États-Unis s'opposent à la suppression du mot "largement", elle préfère conserver ce terme.

21. **M. Bellenger** (France) appuie la proposition du Canada de remplacer le mot "proposé" par le mot "recommandé" dans la deuxième phrase du paragraphe 4.

22. **M. Lee** Jae Sung (Division du droit commercial international) précise que la version révisée des première, deuxième et troisième phrases du paragraphe 4 se lit comme suit: “Il a été noté que si les consultations en cours montraient qu’il n’y avait pas de demande de documents transférables électroniques dans un État, notamment en raison des craintes de fraude, elles se poursuivaient dans d’autres États. On s’est dit largement favorable à ce que le Groupe de travail poursuive ses travaux dans ce domaine. À cet égard, il a été recommandé d’identifier et de se concentrer sur certains types de questions ou sur des questions particulières intéressant les documents transférables électroniques.”

23. *Il en est ainsi décidé.*

24. *Le document A/CN.9/XLV/CRP.1/Add.7, tel que modifié oralement, est adopté.*

*A/CN.9/XLV/CRP.1/Add.8*

25. **M. Loken** (États-Unis d’Amérique) fait valoir que, conformément à une intervention précédente de sa délégation, les mots suivants devraient être ajoutés à la fin du paragraphe 4 après une virgule: “ce qui avait été autorisé précédemment par la Commission”, pour souligner que la question de l’examen de ces questions par le Groupe avait déjà été évoquée par la Commission.

26. **M. Bellenger** (France) estime qu’à moins qu’il ait été donné mandat d’effectuer ce travail, ces mots ne devraient pas être inclus dans le texte.

27. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) souligne qu’une mention des travaux du Groupe de travail figure au paragraphe 37 du rapport du Groupe de travail V (A/CN.9/738) dans une suggestion de travaux futurs faite par le Groupe de travail lui-même. L’approbation de la Commission serait nécessaire pour autoriser ces travaux.

28. **M. Loken** (États-Unis d’Amérique) déclare que la Commission a donné mandat au Groupe de travail d’effectuer les travaux décrits au paragraphe 259 a) du rapport de la Commission sur sa quarante-troisième session (A/65/17), qui évoquait la possibilité d’élaborer “une loi type ou des dispositions types sur le droit de l’insolvabilité”. Attirant l’attention du Secrétariat sur la proposition des États-Unis à cet égard, figurant dans le document de travail A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.1, il précise que bien que les mots “groupes d’entreprises” soient absents du rapport de 2010 de la Commission, ce rapport se référait expressément à l’élaboration de lois types dans le contexte du rapport du Groupe de travail V, qui faisait état de lois types ou de “dispositions types sur des questions d’insolvabilité internationale touchant des groupes d’entreprises”. Il y a lieu de conclure que cette référence englobait les groupes d’entreprises. Il propose d’adoucir le libellé original proposé par sa délégation en ajoutant les mots “travail qui a déjà été approuvé par le Commission” à la fin de la dernière phrase du paragraphe 4.

29. **M. Bellenger** (France) fait observer que la question des centres des intérêts principaux n’a pas été spécifiquement citée dans la référence donnée par le représentant des États-Unis et ne devrait donc pas être abordée dans le contexte des groupes d’entreprises. L’ajout proposé d’une référence à une session précédente de la Commission ne reflète pas la réalité, et même la référence à un accord au sein du Groupe de travail dans le texte semble improbable.

30. **M^me^ Matias** (Israël) déclare que sa délégation ne voit pas d’objection à l’ajout proposé.

31. **Le Président** déclare que le Secrétariat vérifiera la référence fournie et ajoutera le libellé proposé si cette référence est claire, sur la base de consultations avec les délégations qui ont pris part au débat.

32. *Le document A/CN.9/XLV/CRP.1/Add.8, tel que modifié oralement, est adopté.*

*A/CN.9/XLV/CRP.1/Add.9*

33. **M. Loken** (États-Unis d’Amérique) déclare que le mot “éventuellement” devrait être supprimé dans la dernière phrase du paragraphe 9.

34. *Le document A/CN.9/XLV/CRP.1/Add.9, tel que modifié oralement, est adopté.*

*A/CN.9/XLV/CRP.1/Add.10*

35. **M^me^ Talero Castro** (Colombie) déclare que les mots “micro- et” devraient être ajoutés devant les mots “petites entreprises” dans la première phrase du paragraphe 3. Les mots “éventuellement sur une base régionale,” devraient être supprimés de la phrase suivante, car la proposition de tenir des colloques avait reçu l’appui de 15 délégations et que deux délégations seulement avaient dit qu’il s’agissait d’une question

régionale. En outre, les mots “ainsi que sur d’autres thèmes liés à” devraient être supprimés et remplacés par le mot “de” et le mot “micro-” suivi d’une virgule, devrait être ajouté à la fin de la deuxième phrase, avant “petites et moyennes entreprises”.

36. **M. Schoefisch** (Allemagne) dit que si les mots “éventuellement sur une base régionale,” étaient supprimés, il faudrait remplacer les mots “un ou plusieurs colloques qui porteraient” par les mots “un colloque qui porterait”, car le premier changement implique qu’il a été convenu de ne tenir qu’un colloque.

37. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) souligne que les mots “sur une base régionale” n’étaient pas censés impliquer que le microfinancement est une question mineure ou régionale, mais plutôt qu’il était proposé de tenir des colloques régionaux au lieu d’un seul colloque centralisé à Vienne ou à New York.

38. **M^me^ Sabo** (Canada) dit que sa délégation a interprété le débat comme signifiant qu’un colloque se tiendrait et que d’autres colloques pourraient se tenir sur une base régionale.

39. **M. Lemay** (Division du droit commercial international) dit que les mots “sur une base régionale” pourraient être remplacés par les mots “un ou plusieurs colloques, éventuellement dans différentes régions”.

40. **M. Bellenger** (France) souligne que sa délégation a cru comprendre que ce colloque porterait sur la question de procédures simplifiées d’inscription des entreprises, mais que cela ne constituait que l’un des divers thèmes à discuter.

41. **Le Président** déclare que plusieurs thèmes seraient inscrits à l’ordre du jour du colloque, comme il est indiqué dans l’additif. Il conclut que les mots “sur une base régionale” pourraient être remplacés par les mots “dans différentes régions”.

42. *Il en est ainsi décidé.*

43. *Le document A/CN.9/XLV/CRP.1/Add.10, tel que modifié oralement, est adopté.*

*A/CN.9/XLV/CRP.1/Add.11*

44. **M^me^ Sabo** (Canada), appuyé par **M. Loken** (États-Unis d’Amérique) et **M^me^ Matias** (Israël), a déclaré que les mots “et qu’il n’était pas sûr” devraient être remplacés par “et qu’il y avait de sérieux doutes” dans la deuxième phrase du paragraphe 4. En outre, il conviendrait de remplacer les mots “dont disposait la Commission” par les mots “dont disposaient la Commission et deux États” à la fin de la troisième phrase. Dans la quatrième phrase, le mot “suggéré” devrait être remplacé par le mot “recommandé”.

45. **Le Président** suppose que les membres de la Commission approuvent les changements proposés pour le paragraphe 4.

46. *Il en est ainsi décidé.*

47. **M^me^ Sabo** (Canada) estime que le paragraphe 6 nécessite un certain nombre de modifications pour répondre à une question de procédure soulevée par certaines délégations. Dans la première phrase, les mots “l’avis qui a prévalu était” devraient être remplacés par “il a été déterminé qu’un avis prévalait”.

48. La dernière phrase de ce paragraphe devrait être remplacée par les trois phrases suivantes: “Cependant, de nombreuses délégations ont recommandé que priorité soit donnée à d’autres travaux de la Commission, en particulier dans le domaine du microfinancement. Un certain nombre de délégations se sont déclarées clairement opposées ou ont exprimé de sérieuses réserves à la poursuite des travaux dans le domaine du droit général des contrats. En outre, plusieurs délégations, notant la forte opposition à la proposition de la Suisse, ont exprimé des objections à la présentation du débat sur ce sujet comme reflétant l’avis d’une majorité en faveur de la poursuite des travaux dans ce domaine.”

49. **M. Schoefisch** (Allemagne) estime que les changements proposés présentent une description claire et objective des discussions qui ont eu lieu.

50. **M. Sollberger** (Observateur de la Suisse) estime que le premier changement proposé par la délégation canadienne n’est pas nécessaire, car la majorité était favorable à la proposition initiale de la Suisse. Par ailleurs, la première phrase de l’ajout proposé ne reflète pas la discussion, au cours de laquelle aucune priorité n’a été donnée aux propositions de la Suisse ou de la Colombie. En ce qui concerne les troisième et quatrième phrases, il note qu’une minorité s’opposait déjà à la proposition initiale de la Suisse, et que ces changements sont répétitifs.

51. **M. Loken** (États-Unis d'Amérique) déclare que les modifications proposées par la délégation canadienne sont précises et présentent un résumé plus clair du débat qui a eu lieu à la 945e séance de la Commission. Plusieurs délégations ont recommandé d'accorder plus d'attention à d'autres travaux, en particulier au microfinancement, dans le contexte du débat sur la proposition de la Suisse et lors des discussions sur le microfinancement. Par ailleurs, la dernière ligne du rapport sur le microfinancement dit que la tenue d'un colloque sur le microfinancement devrait figurer parmi les grandes priorités pour la Commission au cours de l'année à venir.

52. La modification proposée n'est pas répétitive: l'une des modifications concerne le débat sur l'intérêt de la proposition de la Suisse et le fait que cette proposition ne s'est heurtée à aucune opposition. La modification à la fin du paragraphe traite d'une question de procédure, à savoir du fait que de vives préoccupations ont été exprimées à la 945e séance sur le point de savoir si, sur la base d'un débat précédent, qui reflétait une division entre deux positions toutes deux défendues avec la même force, il avait été conclu à une opinion majoritaire en faveur de la poursuite des travaux dans le domaine du droit général des contrats.

53. **Mme Cap** (Autriche), **Mme Matias** (Israël), **Mme Talero Castro** (Colombie), **Mme Escobar Pacas** (El Salvador), **M. Sánchez Contreras** (Mexique) et **M. Muhumuza Laki** (Ouganda), déclarent appuyer la proposition canadienne.

54. *Le document A/CN.9/XLV/CRP.1/Add.11, tel que modifié oralement, est adopté.*

*A/CN.9/XLV/CRP.1/Add.17*

55. **M. Chan** (Singapour) propose que le paragraphe 7 soit amendé ainsi: "En particulier, Singapour a expliqué que suite à sa précédente expression d'intérêt pour l'accueil d'un centre de la CNUDCI, le pays avait communiqué avec le Secrétariat sur cette question et que les orientations initiales du centre et la structure de base pour la création d'un centre de la CNUCDI avaient été définies. Singapour a ainsi proposé qu'un bureau de la CNUDCI soit créé dans ce pays sous la supervision de la Commission, et que ce bureau collabore, s'il y a lieu, avec le Centre régional de la CNUDCI pour l'Asie et le Pacifique"; au paragraphe 9, que le mot "bureau" soit remplacé par "centre"; et au paragraphe 12, que les mots "une étroite coopération" soient remplacés par les mots "une coordination et une coopération étroites".

56. **Mme Mokaya-Orina** (Kenya) propose qu'au paragraphe 11, les mots "une présence de la CNUDCI à Nairobi" soient remplacés par les mots "un centre régional de la CNUDCI à Nairobi".

57. *Le document A/CN.9/XLV/CRP.1/Add.17, tel que modifié oralement, est adopté.*

*A/CN.9/XLV/CRP.1/Add.18*

58. **M. Loken** (États-Unis d'Amérique) demande ce qu'impliquerait, en particulier du point de vue des ressources, la recommandation du paragraphe 28 de désigner la CNUDCI comme "organisme chef de file pour les questions de droit commercial".

59. **M. Lemay** (Division du droit commercial international) précise qu'après une telle désignation, qui ne change rien du point de vue des ressources, la CNUDCI pourrait s'attendre à être consultée sur toutes les questions concernant le droit commercial au sein du Groupe de coordination et de conseil des Nations Unies sur l'état de droit.

60. **M. Loken** (États-Unis d'Amérique) demande des éclaircissements au sujet de la "coordination [...] des activités d'élaboration de normes" au paragraphe 31, en particulier au niveau régional.

61. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) précise que cette proposition a pour but d'assurer la coordination qui fait actuellement défaut entre le travail de la Commission au niveau mondial et le travail correspondant des organismes régionaux des Nations Unies et autres organes régionaux intergouvernementaux extérieurs au système. Cette coordination nécessiterait des ressources qui ne sont pas disponibles actuellement; cela rend d'autant plus nécessaire d'attirer l'attention de la Sixième Commission sur cette question.

62. **M. Pérez-Cadalso Arias** (Observateur de la Cour centraméricaine de justice) déclare que la Cour centraméricaine de justice se préoccupe particulièrement des questions de coordination. Elle a mandat d'harmoniser les législations de la région, et non pas seulement pour les questions de commerce; elle a proposé des traités à l'approbation de chefs d'État et, dans la mesure où elle cherche à promouvoir

l'intégration régionale de l'Amérique du Sud dans ces domaines, elle remplit une fonction comparable au niveau régional à celle qu'exerce la CNUDCI à l'échelle mondiale. Il serait donc fort utile de renforcer les liens entre la Cour et la Commission.

63. **M. Muhumuza Laki** (Ouganda) se demande si les sous-thèmes proposés aux paragraphes 31 à 33 ne débordent pas le cadre du mandat de la Commission.

64. **M. Bellenger** (France) se fait l'écho de ce sentiment et propose d'ajouter les mots "au niveau international" au titre du sous-thème proposé au paragraphe 32.

65. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) souligne que si le mandat de la Commission, défini en 1966, ne couvrait pas certaines questions telles le droit pénal ou l'accès à la justice, il couvrait la conciliation, la résolution des litiges et l'arbitrage. La Commission est souvent appelée à intervenir pour aider à résoudre des différends internes et internationaux. Ces propositions ont pour objet, sur la base de l'expérience de la Commission, de porter certaines des préoccupations de cette dernière à l'attention de la Sixième Commission, notamment celles qui ont trait en particulier à la coordination des activités d'élaboration de normes au niveau international, aux moyens alternatifs de résolution des litiges et à l'impact des normes de la CNUDCI sur le développement économique. Il n'est pas nécessaire de modifier le libellé car les trois sous-thèmes proposés sont pertinents au regard du travail de la Sixième Commission vis-à-vis de l'état de droit; la Sixième Commission a un mandat plus large que celui de la CNUDCI, et il serait dommage de ne pas en tirer profit; ces propositions ne pèsent pas sur les travaux futurs de la Commission.

66. **M. Schoefisch** (Allemagne) doute de la valeur des recommandations de la Commission en dehors du domaine du droit commercial.

67. **M^me^ Mokaya-Orina** (Kenya) propose d'insérer, les mots "dans les questions de commerce, y compris" dans l'intitulé du sous-thème du paragraphe 32, qui se lirait donc ainsi: "Accès à la justice dans les questions de commerce, y compris par les moyens alternatifs de résolution des litiges"

68. **M. Loken** (États-Unis d'Amérique) estime que l'addition des mots "y compris" aurait pour effet d'élargir le champ du thème de l'accès à la justice.

69. **M^me^ Mokaya-Orina** (Kenya) estime également que les mots "y compris" pourraient être omis.

70. **M. Bellenger** (France) déclare que comme les réformes du système judiciaire sont une priorité, il n'y a pas lieu, au paragraphe 32, de soulever la question de la longueur et du coût de ces réformes. Il propose d'ajouter les mots ", sur la base de l'expérience de la Commission en matière de droit commercial international," au paragraphe 33, après les mots "Le troisième sous-thème recommandé par la Commission".

71. **M^me^ Millicay** (Argentine) estime que la résolution 66/102 de l'Assemblée générale n'indique pas clairement, comme le laisse entendre le paragraphe 30, qu'il incombe à la Commission de suggérer d'éventuels sous-thèmes pour les débats futurs de la Sixième Commission; en revanche, la Commission pourrait suggérer l'examen de tels sous-thèmes par les États membres.

72. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) précise que l'invitation a été lancée au Secrétaire général; la Commission est tenue de conseiller le Secrétariat sur les sous-thèmes à proposer à l'examen de la Sixième Commission.

73. **M. Lee** Jae Sung (Division du droit commercial international) déclare qu'à la suite de consultations informelles, un certain nombre d'amendements ont été proposés pour les paragraphes 30 à 33. La dernière phrase du paragraphe 30 commencerait ainsi "Sur la base de son expérience en matière de droit commercial international, la Commission a invité" (reste inchangé); le paragraphe 31 se lirait ainsi: "Compte tenu des difficultés rencontrées dans l'exercice de ses fonctions de coordination des activités juridiques menées dans le domaine du droit commercial international et de ses décisions précédentes à cet égard, la Commission a recommandé pour examen par la Sixième Commission un sous-thème intitulé: 'Moyens d'une coordination effective des activités d'élaboration de normes aux niveaux régional et international'"; la première phrase du paragraphe 32 serait: "Sur la base de son expérience en matière de droit commercial international, la Commission a également recommandé un sous-thème intitulé: 'Accès à la justice par les moyens alternatifs de résolution des litiges'." La première phrase du paragraphe 33 se lirait ainsi: "Le troisième sous-thème recommandé sur la base de l'expérience de la CNUDCI en matière de

droit commercial international était 'Les effets complémentaires du développement économique et de l'état de droit'."

74. **M^me^ Millicay** (Argentine) suggère que, pour bien préciser que ces propositions sont communiquées par le Secrétariat à titre d'informations et n'ont pas fait l'objet d'une décision de la Commission, la dernière phrase du paragraphe 30 devrait être ainsi libellée: "Le Secrétariat a conseillé les membres et observateurs de la Commission sur les sous-thèmes liés à la CNUDCI, à titre de contribution au rapport du Secrétaire général à la Sixième Commission".

75. *Le document A/CN.9/XLV/CRP.1/Add.18, tel que modifié oralement, est adopté.*

*A/CN.9/XLV/CRP.1/Add.19*

76. **M. Lemay** (Division du droit commercial international) informe la Commission du nouveau libellé proposé pour le document fondé sur les remarques du représentant du Canada. Nouveau paragraphe 3: "Certaines propositions préliminaires ont été avancées concernant les orientations stratégiques examinées dans la note du Secrétariat. Selon un avis, certaines des options formulées dans cette note pourraient servir de base à un programme de travail de la CNUDCI qui viserait à promouvoir l'état de droit aux niveaux national et international. Il a été suggéré qu'un tel programme pourrait proposer les mesures suivantes: a) promotion d'une approche intégrée, qui commencerait par la conception d'un projet et la mise en œuvre de l'assistance technique et du suivi dont il aurait besoin; b) élaboration de directives pour les juges chargés d'exercer dans les domaines transfrontières du droit, comme l'a fait le Groupe de travail V en ce qui concerne l'insolvabilité transfrontières; c) établissement d'une mise en réseau par la création d'une liste de participants ('listserve') qui permettrait aux experts de se rencontrer et d'échanger des informations, et qui aiderait les États ayant besoin d'assistance à identifier les experts dans le domaine visé. Il a été donné l'exemple d'un mécanisme similaire lancé par la Conférence de La Haye de droit international privé; d) allocation de temps aux réunions de la CNUDCI pour l'échange d'informations entre les États sur leurs initiatives en vue de promouvoir les instruments de la CNUDCI. Cela permettrait notamment aux États qui pourraient avoir besoin d'assistance de s'informer des initiatives auxquelles ils pourraient avoir accès; e) renforcement de la coopération de la Commission avec la Banque mondiale sur l'établissement de liens entre le développement économique et le droit commercial et rôle de ce dernier en tant que moyen d'aider les États à attirer le commerce international et l'investissement étranger."

77. L'ancien paragraphe 3 devient le paragraphe 4, et un paragraphe 5 est ajouté: "En outre, il a été fait état du travail important de la CNUDCI dans le domaine de la fraude commerciale, notamment du document sur les indicateurs de fraude commerciale qui a été approuvé par la Commission à sa quarante et unième session. Il a été déclaré que la fraude commerciale restait un grave obstacle au commerce international et, compte tenu du rôle vital du secteur privé dans la lutte contre la fraude commerciale, que la CNUDCI était particulièrement qualifiée pour coordonner les efforts en cours dans ce domaine et aider ainsi à appeler l'attention des législateurs et des décideurs sur cet important problème. Il a été proposé, sous réserve de la disponibilité des ressources nécessaires à cet effet, que le Secrétariat organise un colloque sur ce thème."

78. **M. Bellenger** (France), regrettant que la question de la planification stratégique n'ait pas été traitée, alors qu'elle figurait à l'ordre du jour, déclare qu'il conviendrait d'indiquer que les ajouts proposés au texte reflètent les vues d'une délégation particulière.

79. **M^me^ Millicay** (Argentine) partage ce point de vue, notant qu'en fait il n'était pas indiqué clairement si les propositions préliminaires en question avaient été soumises par le Secrétariat ou par la délégation du Canada

80. **M. Lemay** (Division du droit commercial international) propose d'amender ainsi le nouveau paragraphe 3: "Certaines propositions préliminaires ont été avancées par une délégation concernant … (le reste du paragraphe inchangé)".

81. *Le document A/CN.9/XLV/CRP.1/Add.19, tel que modifié oralement, est adopté.*

*A/CN.9/XLV/CRP.1/Add.20*

82. *Le document A/CN.9/XLV/CRP.1/Add.20 est adopté.*

*A/CN.9/XLV/CRP.1/Add.21*

83. **M^me^ Millicay** (Argentine) propose d'insérer au paragraphe 2 une phrase exprimant un appui en faveur de l'inclusion du thème des droits des affaires et des droits de l'homme dans les travaux futurs de la Commission.

84. **M^me^ Matias** (Israël) regrette que la Commission n'ait pas eu assez de temps pour un examen approfondi de la proposition de la représentante de l'Argentine.

85. **Le Président** propose le libellé suivant pour la nouvelle phrase du paragraphe 2: "Une délégation a suggéré que la question des droits des affaires et des droits de l'homme soit examinée à une prochaine session".

86. **M. Loken** (États-Unis d'Amérique) souligne que comme les Principes directeurs n'ont pas été débattus, il n'est pas exact de dire, aux paragraphes 2 et 3, que "La Commission a noté" et que "la Commission a recommandé".

87. **Le Président**, appuyé par **M^me^ Matias** (Israël), **M. Loken** (États-Unis d'Amérique) et **M. Chan** (Singapour), suggère de supprimer le paragraphe 3.

88. **M^me^ Millicay** (Argentine) souligne que ce qui importe, c'est de retenir la mention, au paragraphe 2, de la suggestion que la question des Principes directeurs soit discutée à une prochaine session de la Commission. Elle propose le texte suivant: "Vu le temps limité consacré à l'examen de cette question lors de la présente session, une délégation suggère que la question des Principes directeurs soit discutée à une prochaine session".

89. **M. Schoefisch** (Allemagne), appuyé par **M. Loken** (États-Unis d'Amérique), propose que soit encore ajoutée la phrase suivante: "En raison du peu de temps disponible, cette question n'a pu être discutée".

90. **Le Président** conclut que la Commission approuve le texte ainsi proposé et convient de supprimer la première phrase du paragraphe 2 et l'ensemble du paragraphe 3.

91. *Le document A/CN.9/XLV/CRP.1/Add.21, tel que modifié et sous réserve du nouveau libellé convenu, est adopté.*

*A/CN.9/XLV/CRP.1/Add.22*

92. *Le document A/CN.9/XLV/CRP.1/Add.22 est adopté.*

93. *Le projet de rapport dans son ensemble, tel que modifié et révisé oralement, est adopté.*

94. Après un échange de courtoisies, **le Président** déclare close la quarante-cinquième session de la Commission.

*La séance est levée à 18 h 35.*

# II. BIBLIOGRAPHIE DES ÉCRITS RÉCENTS AYANT TRAIT AUX TRAVAUX DE LA CNUDCI

**(A/CN.9/750)**

**[Original: anglais]**

**TABLE DES MATIÈRES**


I. Références générales

II. Vente internationale de marchandises

III. Arbitrage commercial international et conciliation

IV. Transport international

V. Paiements internationaux (y compris garanties indépendantes et lettres de crédit stand-by)

VI. Commerce électronique

VII. Sûretés (y compris financements par cession de créances)

VIII. Passation des marchés

IX. Insolvabilité

X. Contrats internationaux de construction

XI. Échanges internationaux compensés

XII. Projets d'infrastructure à financement privé

XIII. Règlement des litiges en ligne

Annexe

Liste des titres abrégés cités dans la présente bibliographie et des titres complets des textes juridiques de la CNUDCI


## I. Références générales


African Conference on International Commercial Law issue. *European journal of law reform* (La Haye) 13:3-4:341-639, 2011.

Basedow, J. *et al.*, dir. publ., ¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional? Asunción, CEDEP, 2010. 449 p.

Boyeras Schumann, D. UNCITRAL: la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional en 2009. *Anuario de derecho maritimo* (Madrid) 28:511-516, 2010.

Castellani, L. G. Diritto del commercio internazionale e paesi islamici: brevi considerazioni. In Il libro e la bilancia: studi in memoria di Francesco Castro. M. Papa, G. M. Piccinelli, D. Scolart, dir. publ., Naples, Italie, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011. p. 573 à 579. Traduction du titre: Droit commercial international et pays islamiques: brèves considérations.

_____. International trade law reform in Africa: a call for action. Document établi en vue de la première Conférence africaine sur le droit commercial international, 13 et 14 janvier 2011, Douala.

Cohen, E. S. Normative modeling for global economic governance: the case of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL). *Brooklyn journal of international law* (Brooklyn, N.Y.) 36:567-604, 2011.

Contratos internacionales. *DeCITA* (Buenos Aires) 9:14-477, 2008.

Dasser, F. That rare bird: non-national legal standards as applicable law in international commercial arbitration. *World arbitration & mediation review* (Huntington, N.Y.) 5:2:143-160, 2011.

Del Duca, P. Choosing the language of transnational deals: practicalities, policy, and law reform. Chicago, Ill., ABA, 2010. 306 p.

Ferreri, S., dir. publ., Complexity of transnational sources, Reports to the XVIIIth International Congress of Comparative Law = La complexité des sources transnationales, Rapports au XVIII[e] Congrès international de droit comparé. *ISAIDAT law review* (Turin, Italie) 1:3:1-307, 2011.

Giorgini, G. C. Les limites des méthodes en droit international des affaires. *Journal du droit international* (Paris) 138:3:517-544, 2011.

Gregory, J. D. Implementing international conventions: and their declarations? *Slaw* 27 juillet 2011.

Gross, C. M. News from the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL): UNCITRAL at the end of 2010. *Uniform law review = Revue de droit uniforme* (Rome) 15:3/4:954-963, 2010.

Guide des traités internationaux sur le droit du commerce international concernant Madagascar. s.l., s.n., 2010. 308 p.

Halliday, T. *et al.* Who governs?: delegations in global trade lawmaking. *Social science research network* 9 septembre 2011. Center on Law and Globalization Research Paper No. 11-06.

Insolvencia internacional. *DeCITA* (Buenos Aires) 11:9-506, 2009.

Interagency Cluster on Trade and Productive Capacity. Delivering aid for trade. Genève, Nations Unies, 2011. 61 p.

Jonge, A. de *et al.* Teaching international trade law in a transnational, multi-campus context. *Anglohigher* (Coventry, Royaume-Uni) 31 décembre 2011.

Kelly, C. R. Financial crises and civil society. *Chicago journal of international law* (Chicago, Ill.) 11:505, hiver 2011.

_____. The politics of international economic law: legitimacy and the UNCITRAL working methods. *ExpressO* mars 2009.

Laryea, E. Why Ghana should implement certain international legal instruments relating to international sale of goods transactions. *African journal of international and comparative law = Revue africaine de droit international et comparé* (Edimbourg) 19:1:1-37, 2011.

Mistelis, L. A. General principles of law and transnational rules in international arbitration: an English perspective. *World arbitration & mediation review* (Huntington, N.Y.) 5:2:201-230, 2011.

Moollan, S. A. H. Address to the Sixth Committee of the General Assembly. 10 octobre 2011.

_____. Remarks of UNCITRAL Chair Mr. Salim Moollan: AALCO meeting on "Trade Law as a Means to Promote Economic Growth," New York, 7 février 2012. Document de conférence.

Nations Unies. Un droit moderne pour le commerce mondial: actes du Congrès de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international tenu à l'occasion de la quarantième session de la Commission, Vienne 9-12 juillet 2007. New York, Nations Unies, 2011. 444 p.

New York State Bar Association. Final report of the New York State Bar Association's Task Force on New York Law in International Matters. Albany, NYSBA, 2011. 84 p.

O'Brien, P. How and why trade can enhance economic development: AALCO – UNCITRAL workshop, jeudi 7 février 2012.

_____. Remarks: cocktail reception in honour of the 56th Session of the UNCITRAL Working Group II (Arbitration and Conciliation). 7 février 2012.

Picat, M. et S. Soccio. L'harmonisation d'un droit européen des contrats: fiction ou réalité? = Harmonisation of European contract law: fiction or reality? *Revue de droit des affaires internationales = International business law journal* (Paris) 4:371-413, 2011.

Ramberg, J. Methodology of the unification of commercial law in the 2000's. *RGSL working papers* 14 (Riga) 2, 2001.

Rivkin, D. W. A survey of transnational legal principles in U.S. courts. *World arbitration & mediation review* (Huntington, N.Y.) 5:2:231-254, 2011.

Sánchez-Cordero Dávila, J. A., dir. publ., Legal culture and legal transplants, Reports to the XVIIIth International Congress of Comparative Law = La culture juridique et l'acculturation du droit, Rapports au XVIII$^{e}$ Congrès international de droit comparé. *ISAIDAT law review* (Turin, Italie) 1:2:1-1188, 2011.

Zanobetti, A. La sécurité juridique des transactions internationales dans un monde global. *Uniform law review = Revue de droit uniforme* (Roma) 15:3/4:905-933, 2010.

# II. Vente internationale de marchandises

Adolf, H. Instrumen-instrumen hukum tentang kontrak internasional. Bandung, Indonésie, Keni Media, 2011. 216 p. En indonésien. Traduction du titre: Instruments juridiques des contrats internationaux.

Ajani, Gianmaria F. *et al.*, dir. publ., Studi in onore di Aldo Frignani: nuovi orizzonti del diritto comparato europeo e transnazionale. Naples, Jovene Editore, 2011. 923 p.

Ämmälän, T. CISGä koskevaa kirjallisuutta = Literature on the CISG. Turku, Finlande, University of Turku, 2002. Article-by-article bibliography of Finnish works on the CISG (1980). En anglais et finois.

Bairamkulov, A. K. Толкование договоров, подчиненных Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г. *Вестник международного коммерческого арбитража* (Moscou) 2(4):[83]-107, 2011. Traduction du titre: Interprétation des contrats en vertu de la CVIM (1980).

Bammarny, B. Treu und Glauben und UN-Kaufrecht (CISG): eine rechtsvergleichende Untersuchung mit Schwerpunkt auf dem islamischen Rechtskreis. Frankfurt am Main, Peter Lang, 2010. xii, 219 p. Traduction du titre: La bonne foi et la CVIM (1980): étude comparative du point de vue du droit islamique.

Baudenbacher, C., dir. publ., International dispute resolution, volume 2: dialogue between courts in times of globalization and regionalization. Stuttgart (Allemagne), German Law Publishers, 2010. 229 p.

Bělohlávek, A. J. Rome Convention, Rome I Regulation: commentary, new EU conflict-of-laws rules for contractual obligations. Huntington, N.Y., Juris, 2010. 2 v.

Bengone Ella, N. The Vienna Sales Convention and Africa. *Asian business lawyer* (Séoul) 5:95-114, 2010.

Bergami, R. Incoterms 2010: comments on the new revision of delivery terms. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Vienne) 15:1:157-170, 2011.

Blair, H. A. Hard cases under the Convention on the International Sale of Goods: a proposed taxonomy of interpretive challenges. *Duke journal of comparative & international law* (Durham, N.C.) 21:269-320, 2011.

Bondarenko, S. Исправление недостатков всех или части поставленных товаров в международной купле-продаже. *Корпоративный юрист* (Москва) 4:35-38, 2011. Traduction du titre: Réparation en cas de livraison de marchandises partiellement ou intégralement défectueuses dans le cadre d'un contrat de vente international.

Bras Miranda, G. et B. Moore, dir. publ., Mélanges Adrian Popovici: les couleurs du droit. Montréal, Éditions Thémis, 2010. 723 p.

Büchler, A. et Markus Müller-Chen, dir. publ., Private Law: national – global – comparative: Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag. Bern, Stämpfli Verlag, 2011. 1871 p., 2 vols.

Butler, P. The use of the CISG in domestic law. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Vienne) 15:1:15-32, 2011.

Các nước với CISG: Bức tranh nhiều màu sắc. *CISGVN* (Ho Chi Minh, Viet Nam) 3 novembre 2011. En vietnamien. Traduction du titre: Les États parties à la CVIM (1980): un tableau haut en couleurs.

Carbone, S. M. L'attualitá dei criteri interpretativi adottati nella CVIM. *Diritto del commercio internazionale* (Gènes, Italie) 25:4:909-926, 2011. Traduction du titre: Interprétation actuelle des critères adoptés dans la CVIM (1980).

Čechová, J. Význam výhrady podle článku 95 pro aplikaci Úmluvy OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží. Brno, République tchèque, s.n., 2011. 75 p. En tchèque. Traduction du titre: L'importance de la déclatation visée à l'article 95 pour l'application de la CVIM (1980).

Chanda, S. et R. Tiwari. The concept of no-fault liability in contracts for the sale of goods. *Korea University law review* (Séoul) 9:3-19, 2011.

Che, Pizhao. 《联合国国际货物销售合同公约》的可适用性问题. *Practice in foreign economic relations and trade* (Chine) 4:57, 2008. Traduction du titre: Application de la CVIM (1980).

Chen, Zhidong et Jiahua Wu. 论联合国国际货物销售合同公约在中国的适用--兼评我国《民法通则》第142 条. *China academic journal electronic publishing house* (Chine) 5:191, 2007. Traduction du titre: Application de la CVIM (1980) en Chine: article 142 des principes généraux du droit civil de la République populaire de Chine.

Chuah, J. Impact of Islamic law on commercial sale contracts: a private international law dimension in Europe. *European journal of commercial contract law* (Zutphen, Pays-Bas) 2:4:191-204, 2010.

Contratos internacionales. *DeCITA* (Buenos Aires) 9:14-477, 2008.

Cordero Moss, G. Boilerplate clauses, international commercial contracts and the applicable law. Cambridge, Royaume-Uni, Cambridge University Press, 2011. xxii, 403 p.

Coyle, J. F. Rethinking the commercial law treaty. *Georgia law review* (Athènes, Ga.) 45:343, hiver 2011.

Dessemontet, R. The non-conformities, limitation periods and duties of the buyer in the international sales of goods: a comparison of the CISG, the UNIDROIT Principles, the UCC, and the Swiss, French, and German laws = Les non-conformités, les délais de prescription, et les devoirs de l'acheteur dans la vente internationale de marchandise. *Revue de droit des affaires internationales = International business law journal* (Paris) 6:603-614, 2011.

Dewez, J. *et al.* The duty to renegotiate an international sales contract under CISG in case of hardship and the use of the UNIDROIT Principles. *European review*

*of private law = Revue européenne de droit privé = Europäische Zeitschrift für Privatrecht* (Alphen aan den Rijn, Pays-Bas) 19:1:101-154, 2011.

DiMatteo, L. A. Cosmopolitanism and the private law text. *European review of private law = Revue européenne de droit privé = Europäische Zeitschrift für Privatrecht* (Alphen aan den Rijn, Pays-Bas) 19:5:669-686, 2011.

DiMatteo, L. A. et D. T. Ostas. Comparative efficiency in international sales law. *American University international law review* (Washington) 26:371-439, 2011.

Doanh nghiệp và chuyên gia Việt Nam với Công ước Viên. *CISGVN* (Ho Chi Minh, Viet Nam) 1er novembre 2011. En vietnamien. Traduction du titre: Les entreprises vietnamiennes et la CVIM (1980).

Dong, Jinxin.
试论中国对《联合国国际货物销售合同公约》中的国际私法规则之保留.
*Economic & trade update* (Chine) 5:54:150-151, 2007. Traduction du titre: Les réserves de la Chine à l'égard des règles de droit international privé énoncées dans la CVIM (1980).

Draetta, U. La Convenzione delle Nazioni Unite del 1980 sui Contratti di Vendita Internazionale di Beni Mobili e l'arbitrato. *Diritto del commercio internazionale* (Gènes, Italie) 25:3:633-646, 2011. Traduction du titre: La CVIM (1980) et l'arbitrage.

Dragneva, R. et E. Ioriatti Ferrari. Contract law harmonization and regional integration: can the CIS learn from the EU? *Review of Central and East European law* (Leiden, Pays-Bas) 31:1-43, 2006.

Du, Tao.
论我国撤销对《联合国国际货物销售合同公约》第1条第1款B项保留的必要性
Paper prepared for Global Forum on Private International Law Annual Conference of China Society of Private International Law 2007: Celebration of the 20th Anniversary of CSPIL. Traduction du titre: La nécessité de retirer la réserve à l'égard de l'article 1-1 b) de la CVIM (1980).

Eiselen, S. The requirements for the inclusion of standard terms in international sales contracts. *Potchefstroom electronic law journal = Potchefstroomse elektroniese regsblad* (Potchefstroom, Afrique du Sud) 14:1, 2011.

Espinassous, V. L'uniformisation du droit substantiel et le conflit de lois. Paris, L.G.D.J., 2010. 374 p.

Esteban de la Rosa, G. La buena fe en la contratación internacional. In Derecho Internacional Económico y de las inversiones internacionales. J. L. Collantes González, B. de la Vega Justribó, dir. publ., Lima, Espagne, Palestra Editores, 2009. v. 1. p. 639 à 680.

Fan, Wei et Chunsheng Ma. 论国际货物买卖合同形式的法律适用. *Modern business trade industry* (Chine) 5:291-292, 2008. Traduction du titre: Application de la CVIM (1980) sous la forme de contrat.

Ferreri, S., dir. publ., Complexity of transnational sources, Reports to the XVIIIth International Congress of Comparative Law = La complexité des sources transnationales, Rapports au XVIIIe Congrès international de droit comparé. *ISAIDAT law review* (Turin, Italie) 1:3:1-307, 2011.

Finazzi Agrò, E. The impact of the UNIDROIT Principles in international dispute resolution: an empirical analysis. *Uniform commercial code law journal* (New York) 44:1:77-122, 2011.

Flambouras, D. P. When bullets penetrate bullet-proof vests: conformity of the bullet-proof material to the contract of sale and concurrent remedies (a note on the judgment of the Multi-Member Court of First Instance of Athens 4505/2009). *Journal of law and commerce* (Pittsburgh, Pa.) 29:2:171-231, 2011.

Friehe, H. A. Die Setzung der unangemessen kurzen Nachfrist im CISG mit einem Ausblick auf das BGB (Teil 3). *Internationales Handelsrecht* (Munich) 11:2:57-79, 2011. Traduction du titre: La définition de délais excessivement brefs dans la CVIM (1980) compte tenu du Code civil allemand (troisième partie).

Friehe, H. A. et W. Huck. Uniform Sales Law (CISG): synopsis of selected texts. 4e éd., Basse-Saxe, Allemagne, s.n., 2011.

Glitz, F. E. Z. Transfer of contractual risk and INCOTERMS: brief analysis of its application in Brazil. *Journal of international commercial law and technology* 6:2:108-118, 2011.

Gomm-Santos, M. et Q. Smith. Reviewing the history and application of article 7 of the Convention on the International Sale of Goods (CISG). *Transnational dispute management* (Voorburg, Pays-Bas) 8:1, février 2011.

Graffi, L. Remarks on trade usages and business practices in international sales law. *Journal of law and commerce* (Pittsburgh, Pa.) 29:2:273-295, 2011.

Graves, J. CISG article 6 and issues of formation: the problem of circularity. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Vienne) 15:1:105-118, 2011.

Grundmann, S. The future of contract law. *European review of contract law* (Berlin) 7:4:490-527, 2011.

Hachem, P. Agreed sums payable upon breach of an obligation: rethinking penalty and liquidated damages clauses. La Haye, Eleven International Publishing, 2011. 217 p.

Hasegawa, Toshiaki. グローバルサプライチェーンと国際法務. *Kokusai shoji homu* (Tokyo) 39:8:1129-1131, 2011. En japonais. Traduction du titre: La chaîne d'approvisionnement mondiale et les affaires juridiques internationales.

Hayward, B. et P. Perlen. The CISG in Australia: the jigsaw puzzle that doesn't quite fit. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Vienne) 15:1:119-156, 2011.

He, Yinhua. 试论我国对CISG第11条及第11条相关内容的保留. *Knowledge economy* (Chine) 7:34-35, 2008. Traduction du titre: La réserve de la Chine à l'égard de l'article 11 de la CVIM (1980).

Hofmann, N. Interpretation rules and good faith as obstacles to the UK's ratification of the CISG and to the harmonization of contract law in Europe. *Pace international law review* (White Plains, N.Y.) 22:1:145-181, 2010.

Hondius, E. H., dir. publ., Towards an optional common European sales law. *European review of private law = Revue européenne de droit privé = Europäische Zeitschrift für Privatrecht* (Alphen aan den Rijn, Pays-Bas) 19:6:717-1043, 2011.

Hope, J. The "reasonable man" in international arbitration. *Arbitration* (Londres) 76:4:693-704, 2010.

Horowitz, A. J. Revisiting barter under the CISG. *Journal of law and commerce* (Pittsburgh, Pa.) 29:1:99-115, 2010.

Jafar, N. Y. Le droit de rétention: principe ou exception? Étude comparative du droit iranien et de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises (CVIM). *Penant: revue trimestrielle de droit africain* (Paris) 121:875:164-199, 2011.

Jäger, M. Reimbursement for attorney's fees: a comparative study of the laws of Switzerland, Germany, France, England and the United States of America; international arbitration rules and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG). La Haye, Eleven International Publishing, 2010. 197 p.

Johnson, W. P. Understanding exclusion of the CISG: a new paradigm of determining party intent. *Buffalo law review* (Buffalo, N.Y.) 59:1:213-292, 2011.

Kalamees, P. Hierarchy of buyer's remedies in case of lack of conformity of the goods. *Juridica international* (Tartu, Estonie) 18:63-72, 2011.

Kaur, N. Impediment: a concept under CISG, UNIDROIT and Indian contract law – a comparative analysis. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Vienne) 15:1:91-104, 2011.

Kobayashi, Ichiro. ウィーン売買条約における書式の戦い: なぜCISGはラストショット ルールを採用したのか. *JCAジャーナル = JCA journal* (Tokyo). Pt. 1-3 in vol. 58 2011. En japonais. Traduction du titre: Le conflit de formulaires dans la CVIM (1980): pourquoi la CVIM applique la règle du dernier tir.

Kokoruda, C. C. The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: it's not your father's Uniform Commercial Code. *Florida Bar journal* (Tallahassee, Fla.) 85:6:103, 2011.

Komarov, A. S. Reference to the UNIDROIT Principles in international commercial arbitration practice in the Russian Federation. *Uniform law review = Revue de droit uniforme* (Rome) 16:3:657-667, 2011.

Koskinen, Jussi. CISG, specific performance and Finnish law. Turku, Finlande, s.n., 1999. 43 p.

Kröll, S. The burden of proof for the non-conformity of goods under art. 35 CISG. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Vienne) 15:1:33-50, 2011.

Kröll, S. *et al.*, dir. publ., UN Convention on the International Sale of Goods (CISG): [commentaire]. Munich, Beck, 2011. 1251 p.

Kuipers, J.-J. The legal basis for a European optional instrument. *European review of private law = Revue européenne de droit privé = Europäische Zeitschrift für Privatrecht* (Alphen aan den Rijn, Pays-Bas) 19:5:545-564, 2011.

Kull, I. European and Estonian law of obligations: transposition of law or mutual influence? *Juridica international* (Tartu, Estonie) 9:32-44, 2004.

_____. Reform of Contract Law in Estonia: influences of harmonisation of European private law. *Juridica international* (Tartu, Estonie) 14:122-129, 2008.

Kuoppala, S. Examination of the goods under the CISG and the Finnish Sale of Goods Act. Turku, Finlande, s.n., 2000. 67 p.

Lake, S. An empirical study of the UNIDROIT Principles: international and British responses. *Uniform law review = Revue de droit uniforme* (Rome) 16:3:669-703, 2011.

Langrová, I. Analýza aplikace Úmluvy OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží s ohledem na mezinárodní prvek: praktické dopady. Brno, République tchèque, s.n., 2011. 43 p. En tchèque. Traduction du titre: Analyse du champ d'application de la CVIM (1980) en ce qui concerne les aspects internationaux: conséquences pratiques.

Lapiashvili, N. Modern law of contracts and sales in Eastern Europe and Central Asia. La Haye, Eleven International Publishing, 2011. 322 p.

Laryea, E. Why Ghana should implement certain international legal instruments relating to international sale of goods transactions. *African journal of international and comparative law = Revue africaine de droit international et comparé* (Edimbourg) 19:1:1-37, 2011.

Lewis, D. J. The UN Convention for the International Sale of Goods: implications for Hong Kong and China. *Law lectures for practitioners* (Hong Kong) 1988:244-253, 1988.

Li, Yan. Remedies for breach of contract in the international sale of goods: a comparative study between the CISG, Chinese law and English law with reference to Chinese cases. Southampton, Royaume-Uni, s.n., 2010. 253 p.

Lielbarde, S. A comparison of the UK and US approaches to the incorporation of a charterparty arbitration clause into bills of lading. *Journal of international maritime law* (Witney, Royaume-Uni) 17:4:291-304, 2011.

Liu, Chao.
保留,抑或撤回?——评我国对《联合国国际货物销售合同公约》第11条的保留. *Journal of Nanjing University of Economics* (Chine) 108:3:63-65, 2001. Traduction du titre: Maintenir ou retirer? Commentaires sur la réserve à l'égard de l'article 11 de la CVIM (1980).

Liu, Ying. 论《联合国国际货物销售合同公约》在中国法院的直接适用. *Law review* (Chine) 5:83, 2009. Traduction du titre: Application directe de la CVIM (1980) en Chine.

Long, Weidi. The reach of the CISG in China: declarations and applicability to Hong Kong and Macao. Paper prepared for the Annual MAA Peter

Schlechtriem CISG Conference: Towards Uniformity, conference in honour of Peter Schlechtriem (1933-2007), 13 mars 2010, Hong Kong.

Lookofsky, J. Not running wild with the CISG. *Journal of law and commerce* (Pittsburgh, Pa.) 29:2:141-169, 2011.

Mahajan, K. et K. Sanwal. The case for a uniform sales law and CISG in India. *International company and commercial law review* (Londres) 20:10:359-368, 2009.

Mazzacano, P. J. Force majeure, impossibility, frustration & the like: excuses for non-performance: the historical origins and development of an autonomous commercial norm in the CISG. *Nordic journal of commercial law* (Turku, Finlande) 2011:2.

Millett, P., dir. publ., The encyclopedia of forms and precedents: volume 34, sale of goods. 5e éd., Londres, LexisNexis, 2011. 727 p.

Miloš, T. The Vienna Convention on International Sale of Goods: a tool for unification of regional regulations for trade in goods in Europe? *Posebna izdanja Akademije nauka i umjetnosti BiH* (Sarajevo) 2:81-103, 2011.

Moreno Rodríguez, J. A. Contratación y arbitraje: contribuciones recientes. Asunción, CEDEP, 2010. 324 p.

Muñoz, E. Modern law of contracts and sales in Latin America, Spain and Portugal. La Haye, Eleven International Publishing, 2011. 558 p.

Nakamura, H. Conformity of goods with regulatory restrictions: BGH decisions in the mussels and the pork case. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Vienne) 15:1:53-64, 2011.

Nations Unies. Article list [on China and the CISG (1980)]. Liste informelle d'articles établie par le secrétariat de la CNUDCI sur la Chine et la CVIM (1980).

Navarro, J.-L. et Guy Lefebvre, dir. publ., L'acculturation en droit des affaires. Montréal, Éditions Thémis, 2007. 650 p.

Nemeczek, H. Die Vertragsübernahme als Regelungsgegenstand des UN-Kaufrechts. *Internationales Handelsrecht* (Munich) 11:2:49-56, 2011. Traduction du titre: Transfert de contrats en vertu de la CVIM.

New York State Bar Association. NYSBA International Section, seasonal meeting 2011: Latin America as an engine for economic recovery and growth, 20-24 septembre 2011, Panama, Panama, electronic proceedings, [documents de conférence]. Panama, NYSBA, 2011. 1 CD-ROM.

Nguyen, Mica L. CISG 2010 year in review. *International law* (Cary, N.C.) 15 avril 2011.

Những lợi ích của việc Việt Nam gia nhập CISG. *CISGVN* (Ho Chi Minh, Viet Nam) 1er novembre 2011. En vietnamien. Traduction du titre: Les avantages d'une accession du Viet Nam à la CVIM (1980).

Nick, C. The case for Ireland's accession to the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods. *Dublin University law journal* (Dublin) 32:346-364, 2010.

Niibori, Satoshi. グローバル商取引法各論: ウィーン売買条約後の国際商取引法統一の行方: 条約からリステイトメントへ. *JCA ジャーナル = JCA journal* (Tokyo). Pt. 23-29 in vols. 57-58, 2010-2011. En japonais. Traduction du titre: Questions de droit commercial mondial, harmonisation du droit commercial international après la CVIM (1980): du traité à la reformulation.

Nottage, L. Afterthoughts: international commercial contracts and arbitration. *Australian international law journal* (Sydney) 17:197-204, 2010.

Odinet, C. K. Toward a convention for the international sale of real property: challenges, commonalities, and possibilities. *Quinnipiac law review* (Hamden, Conn.) 29:841-885, 2011.

Osaka Bar Association. International Practice Study Group. 国際物品売買契約に関する国際連合条約(ＣＩＳＧ)のシリーズ解説. *Kokusai shoji homu* (Tokyo). Pt. 1-8 in vols. 39-40, 2011-2012. En japonais. Traduction du titre: Guide pratique sur la CVIM (1980): comparaison avec le droit civil et commercial japonais.

Oviedo Albán, J. Aplicación directa de la Convención de Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. *International law: revista colombiana de derecho internacional* (Bogotá) 4:73-94, 2004.

_____. Aproximación al sistema de fuentes del contrato de compraventa internacional de mercaderías. *International law: revista colombiana de derecho internacional* (Bogotá) 1:103-156, 2002.

Pan, Yinying. 论«联合国国际货物销售合同公约»的适用—析CISG第一条第一款项. *法制与社会] = Legal system and society* (Chine) 9:87-88, 2010. Traduction du titre: L'application de l'article 1-1 b) de la CVIM (1980).

Pandey, S. How lucrative is international sales of goods act 1980?: CISG, why India should not opt for it. *Legal services India* (Greater Noida, Inde) 21 mars 2011.

Perales Viscasillas, M. P. et D. Ramos Muñoz. CISG & arbitration. *Spain arbitration review* (Madrid) 10:63-84, 2011.

Pignatta, F. A. La phase précontractuelle sous l'empire de la Convention de Vienne de 1980: une étude comparative avec les droits français et brésilien. Baden-Baden, Nomos, 2011. 331 p.

Piltz, B. Incoterms 2010. *Internationales Handelsrecht* (Munich) 11:1:1-7, 2011. En allemand.

_____. Recent developments in UN law on international sales (CISG). *European journal of commercial contract law* (Zutphen, Pays-Bas) 3:3/4:75-82, 2011.

Ramberg, J. International commercial transactions. 4e éd., Stockholm, Norstedts Juridik AB, 2011. 630 p.

_____. Unification of commercial law in form and in fact. *Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland* (Helsingfors) 3-4:485-491, 2009.

Ramos Muñoz, D. La Convención de Viena sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías. In Derecho Internacional Económico y de las inversiones internacionales. J. L. Collantes González, B. de la Vega Justribó, dir. publ., Lima, Espagne, Palestra Editores, 2009. v. 1. p. 681 à 728.

Ren, Yaning. 浅评我国对《联合国国际货物销售合同公约》第11条的保留. *Science and law* (Chine) 7:191-192, 2007. Traduction du titre: Réserve de la Chine à l'égard de l'article 11 de la CVIM (1980).

Rodríguez Fernández, M. El deber de mitigar el daño en la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías: una breve aproximación al tema. *Revista e-mercatoria* (Bogotá) 6:2, 2007.

_____. La conformidad material de las mercaderías en la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional: estado actual de la materia. *Revista e-mercatoria* (Bogotá) 9:1, 2010.

_____. La obligación de entregar mercaderías libres de derechos o pretensiones de terceros en la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional. *Revista e-mercatoria* (Bogotá) 10:1, janvier-juin 2011.

Rosenberg, A. S. *et al.* International commercial transactions, franchising, and distribution. *International lawyer* (Dallas, Tex.) 45:1:191, 2011.

Rozenberg, M. G. Международная купля-продажа товаров: комментарий к правовому регулированию и практике разрешения споров. Москва, Статут, 2010. 447 p. Traduction du titre: Vente internationale de marchandises: commentaire sur la réglementation juridique et la pratique en matière de règlement des litiges.

Sánchez-Cordero Dávila, J. A., dir. publ., Legal culture and legal transplants, Reports to the XVIIIth International Congress of Comparative Law = La culture juridique et l'acculturation du droit, Rapports au XVIII[e] Congrès international de droit comparé. *ISAIDAT law review* (Turin, Italie) 1:2:1-1188, 2011.

Sandvik, B. Rådighetsfel vid köp av lös egendom: särbehandling eller inte? *Tidskrift utgiven av juridiska föreningen i Finland* (Helsinki) 147:1:1-33, 2011. Article sur la vente de biens meubles en vertu de la législation suédoise. En suédois.

Schilf, S. Der Gerichtsstand des Erfüllungsortes im deutsch-schweizerischen Rechtsverkehr bei Geltung des UN-Kaufrechts als anwendbarem Recht: Rückschau auf de Bloos/Tessili. *Internationales Handelsrecht* (Munich) 11:5:181-185, 2011. Traduction du titre: Le lieu d'exécution dans le cadre d'opérations juridiques entre l'Allemagne et la Suisse lorsque la CVIM (1980) est la législation applicable.

Schroeter, U. G. The status of Hong Kong and Macao under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. *Pace international law review* (White Plains, N.Y.) 16:2:307-332, 2004.

Schwenzer, I. et C. Kee. International sales law: the actual practice. *Penn State international law review* (Carlisle, Pa.) 29:425-447, 2011.

Schwenzer, I. et E. Muñoz. Schlechtriem & Schwenzer: Comentario sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. Cizur Menor, Espagne, Aranzadi, 2011. 2 v.

Schwenzer, I. et L. Spagnolo, dir. publ., Towards uniformity: the 2nd Annual MAA Schlechtriem CISG Conference, 13 mars 2010, Hong Kong. La Haye, Eleven International Publishing, 2011. 269 p.

Sedgwick, J. Choice-of-law analysis applies when signatory nations adopt opposing oral contract provisions under the CISG: *Forestal Guarani S.A.* v. *Daros Int'l. Inc.*, 613 F.3d 395 (3d Cir. 2010). *Suffolk transnational law review* (Boston, Mass.) 34:273-282, 2011.

Sein, K et P. Kalamees. Recoverability of removal and installation costs in case of defective consumer goods: how would the Weber and Putz case be solved under common European sales law? *GPR-Zeitschrift für Gemeinschafts-privatrecht* (Munich) 8:6:289-293, 2011.

Shaohui, Zhang. L'influence des Principes d'UNIDROIT sur la réforme du droit chinois des obligations. *Uniform law review = Revue de droit uniforme* (Rome) 13:1/2:153-178, 2008.

Singapore. Attorney-General's Chambers. UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: review of article 95 reservation, document de travail. Singapour, Attorney-General's Chambers, 2007. 46 p.

Slomp Aguiar, A. The law applicable to international trade transactions with Brazilian parties: a comparative study of the Brazilian law, the CISG, and the American law about contract formation. Toronto, s.n., 2011. 79 p.

So sánh CISG và Luật Việt Nam. *CISGVN* (Ho Chi Minh, Viet Nam) 1er novembre 2011. En vietnamien. Traduction du titre: Comparaison de la CVIM (1980) et du droit vietnamien.

Song, Xixiang et Qi Zhang.
《联合国国际货物销售合同公约》适用中的问题及在我国的实践.
*Legal science* (Chine) 1:103, 2008. Traduction du titre: La CVIM (1980) et son application en Chine.

Sono, Hiroo. Japan's accession to and implementation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG). *Japanese yearbook of international law* (Tokyo) 53:410-437, 2010.

Southerington, T. Impossibility of performance and other excuses in international trade. Turku, Finlande, s.n., 2001. 65 p.

Szabó, S. A Bécsi Vételi Egyezmény, mint nemzetközi lingua franca: az egységes értelmezés és alkalmazás újabb irányai és eredményei. Budapest, s.n., 2009. 251 p. Traduction du titre: La CVIM (1980) comme lingua franca internationale: nouvelles directions et nouveaux résultats de l'interprétation et de l'application uniformes.

Tan, Yingxia et Jinghua Zhang.
论我国对《联合国货物销售合同公约》第11条保留的效力.

*Modern finance & economics* (Chine) 9:26:200:69-72, 2006. Traduction du titre: Les effets de la réserve de la Chine à l'égard de l'article 11 de la CVIM (1980).

Thành công của CISG. *CISGVN* (Ho Chi Minh, Viet Nam) 1er novembre 2011. En vietnamien. Traduction du titre: Le succès de la CVIM (1980).

Twigg-Flesner, C. "Good-bye harmonisation by directives, hello cross-border only regulation?": a way forward for EU consumer contract law. *European review of contract law* (Berlin) 7:2:235-256, 2011.

Uniform sales law, [papers from Uniform sales law: the CISG at its 30th anniversary, a conference in memory of Albert H. Kritzer, 12 et 13 novembre 2010, Belgrade]. *Annals of the Faculty of Law in Belgrade – Belgrade Law Review* (Belgrade) 2011:3:7-223, 2011.

Van Crombrugghe, N. Belgium: article 79 CISG and hardship. *International sales newsletter* (Londres) 28:14-15, 2011.

Van der Heijden, M.-J. et A. Keirse. Selecting the best instrument for European contract law. *European review of private law = Revue européenne de droit privé = Europäische Zeitschrift für Privatrecht* (Alphen aan den Rijn, Pays-Bas) 19:5:565-578, 2011.

Vanto, J. Damages under CISG. S.l., s.n., 2002. 83 p.

Värv, A. et P. Karu. The seller's liability in the event of lack of conformity of goods. *Juridica international* (Tartu, Estonie) 16:85-93, 2009.

Võ Sỹ Mạnh, Ths. Áp dụng Điều 19 Công ước Viên với các giao dịch mua bán hàng hóa quốc tế có sử dụng điều khoản soạn sẵn. *CISGVN* (Ho Chi Minh, Viet Nam) 9 avril 2011. En vietnamien. Traduction du titre: Application de l'article 19 de la CVIM (1980) aux clauses types.

_____. Bàn về khái niệm vi phạm cơ bản hợp đồng theo Công ước Viên 1980. *CISGVN* (Ho Chi Minh, Viet Nam) 9 avril 2011. En vietnamien. Traduction du titre: Rupture de contrat en vertu de la CVIM (1980).

Wang, Jiwen. 我国对《联合国国际货物销售合同公约》的保留问题. *Journal of Jiangxi University of Finance and Economics* (Chine) 2:32:79-82, 2004. Traduction du titre: Questions relatives aux deux réserves de la Chine à l'égard de la CVIM (1980).

Wang, Xinxin. 论我国对《联合国国际货物销售合同公约》的两项保留. *Journal of Fujian College of Administration* (Chine) 1:25-28, 2005. Traduction du titre: Les deux réserves de la Chine à l'égard de la CVIM (1980).

Wang, Yujing.
CISG在中国适用的例外问题之分析—
解析第1条（b）款的保留和第93条的适用问题.
*Jinka engineering, economics and law* (Chine) 9:52-53, 2009. Article analysant les réserves de la Chine à l'égard de la CVIM (1980).

_____. 论《联合国国际货物销售合同公约》在中国的适用. *Jinka engineering, economics and law* (Chine) 2:51-52, 2010. Traduction du titre: L'application de la CVIM (1980) en Chine.

Wethmar-Lemmer, M. Party autonomy and international sales contracts. *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse reg = Journal of South African law* (Johannesburg) 3:431-451, 2011.

_____. The impact of the article 95 reservation on the sphere of application of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG). *De jure* (Pretoria) 43:362-379, 2010.

Wilson, T. Promoting uniformity: a comparative review of J. Honnold and H. Flechtner, Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention and P. Schlechtriem and I. Schwenzer, Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods. *Journal of private international law* (Oxford) 7:2:411-422, 2011.

Witz, C. et M. Hlawon. Der neueste Beitrag der französischen Cour de cassation zur Auslegung des CISG (2007-2010). *Internationales Handelsrecht* (Munich) 11:3:93-108, 2011. Traduction du titre: Les dernières contributions de la Cour de cassation française à l'interprétation de la CVIM (1980) (2007-2010).

Wu, Xingguang.
关于撤销我国政府对《联合国国际货物销售合同公约》"书面保留"问题的探讨. *Journal of Jinan University (philosophy and social sciences)* (Chine) 4:135:72-74, 2008. Traduction du titre: Examen du retrait par notre gouvernement de la réserve concernant la "forme du contrat" énoncée dans la CVIM (1980).

Xiao, Yongping et Ying Ding. 论合同上各种声明的生效与不可撤销:《联合国国际货物销售合同公约》的有关规定研究. *Law and social development* (Chine) 6:50, 2000. Traduction du titre: Recherches sur les dispositions pertinentes de la CVIM (1980): validité et irrévocablité des déclarations contenues dans les contrats.

Yang, Fan. CISG in China and beyond. *Uniform commercial code law journal* (New York) 40:3:373-389, 2008.

_____. Hong Kong's adoption of the CISG: why do we need it now? Paper prepared for the Annual MAA Peter Schlechtriem CISG Conference: Towards Uniformity, conference in honour of Peter Schlechtriem (1933-2007), 13 mars 2010, Hong Kong.

Yang, Mengzong. 《联合国国际货物销售合同公约》若干问题研究. *International economy* (Chine) 23:74-75, 2005. Traduction du titre: Étude sur plusieurs questions ayant trait à la CVIM (1980).

Zeller, B. Penalty clauses: are they governed by the CISG? *Pace international law review* (White Plains, New York) 23:1:1-14, 2011.

Zeng, Jia.
论我国撤销对《联合国国际货物销售合同公约》第1条第1款B项保留的必要性. Document établi pour le colloque sur l'application et l'interprétation de la CVIM dans ses États Membres. Traduction du titre: Réserves de la Chine concernant l'article 11 de la CVIM (1980).

Zhang, Jianjun.
中国应撤回对《联合国国际货物销售合同公约》“合同形式”的保留. *Journal of Northwest University (philosophy and social sciences edition)* (Chine) 38:5:141-145, 2008. Traduction du titre: La Chine devrait retirer sa réserve concernant la “forme de contrat” énoncée dans la CVIM (1980).

Zhang, Weiguo. 对中国与CISG 有关声明中若干理论问题的研究. *International economics and trade research* (Chine) 25:3:65-70, 2009. Traduction du titre: Recherches sur plusieurs problèmes théoriques liés aux déclarations chinoises sur la CVIM (1980).

Zhou, Jiuying. 浅论对《联合国国际货物销售合同公约》第11条保留的撤回. *法制与社会] = Legal system and society* (Chine) 7:199-200, 2009. Traduction du titre: Examen du retrait de la réserve concernant l’article 11 de la CVIM (1980).

Zhu, Xiaohua. 我国对CISG 公约提出保留后的适用问题浅析. *Observation* (Chine) 6:147, 2008. Traduction du titre: L’application de la CVIM (1980) en Chine.

Zwinge, T. The United Nations Sales Convention: delimitation, influences, and concurrent application of domestic law. *Richmond journal of global law and business* (Richmond, Va.) 10:227-258, 2011.

## III. Arbitrage commercial international et conciliation

Abdel Raouf, M. New rules of the Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration (CRCICA). *International journal of Arab arbitration* (Beyrouth) 3:1:7-15, 2011.

Abedian, H. Judicial review of arbitral awards in international arbitration: a case for an efficient system of judicial review. *Journal of international arbitration* (Alphen aan den Rijn, Pays-Bas) 28:6:553-590, 2011.

Abu Sadah, M. International arbitration contract principles: analysis of Middle East perceptions. *Journal of international trade law and policy* (Bingley, Royaume-Uni) 9:2:148-174, 2010.

Ahmad, R. S. Reko Diq muddle. *Express tribune* (Karachi, Pakistan) 20 février 2012.

Ahmed, M. The influence of the delocalisation and seat theories upon judicial attitudes towards international commercial arbitration. *Arbitration* (Londres) 77:4:406-422, 2011.

Alam-Eldin, M-E. I. Construction arbitral awards rendered under the auspices of CRCICA: the Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration. Saarbrucke (Allemagne), LAP Lambert, 2010. 465 p.

Ali, S. F. The morality of conciliation: an empirical examination of arbitrator “role moralities” in East Asia and the West. *Harvard negotiation law review* (Cambridge, Mass.) 16:1-30, 2011.

Alqudah, M. A. Enforceability of arbitration clauses in online business-to-consumer contracts. *Journal of international arbitration* (Alphen aan den Rijn, Pays-Bas) 28:1:67-79, 2011.

Amprimo Plá, N. La extensión de los efectos del convenio arbitral a nos asignatorios. Reflexiones con motivo del tratamiento que la nueva ley peruana de arbitraje efectúa a dicha figura. *Revista oficial del poder judicial* (Lima) 3:5:209-216, 2009.

Ancel, J-P. L'application d'un droit non-étatique dans l'arbitrage international. *Revue libanaise de l'arbitrage arabe et international = Lebanese review of Arab and international arbitration* (Beyrouth) 57:12-16, 2011.

Atai, A. Arbitration of investment disputes under Iranian investment treaties. *Journal of money laundering control* (Bingley, Royaume-Uni) 14:2:130-157, 2011.

Atteritano, A. Anti-suit injunctions in ambito arbitrale: provvedimenti illeciti o semplicemente odiosi? *Rivista dell'arbitrato* (Milan) 20:3:441-461, 2010. Traduction du titre: Les injonctions antipoursuites dans l'arbitrage: mesure illégale ou simplement odieuse?

Audit, M., dir. publ., Contrats publics et arbitrage international = International arbitration and public contracts. Bruxelles, Bruylant, 2011. 234 p.

Bachawat, R. S. Justice R.S. Bachawat's law of arbitration & conciliation: including international commercial arbitration & ADR. 5e éd., Haryana, Inde, LexisNexis Butterworths Wadhwa Nagpur, 2010. 2 v.

Barber, A. D. Does the New York Convention have the same desired effect in the East as it does in the West? *Social science research network* 14 octobre 2009.

Barbet, J. Compétence du juge étatique pour trancher, avant le prononcé de la sentence, la question de l'existence ou de la validité du contrat d'arbitre = Jurisdiction of the French courts to determine the issue of the existence or validity of the arbitrator agreement before the award is rendered. *Revue de droit des affaires internationales = International business law journal* (Londres) 3:230-241, 2011.

Batra, R. The enforcement of multi-tiered dispute resolution clauses: its new facet and exclusion. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Vienne) 15:1:175-194, 2011.

Baudenbacher, C., dir. publ., International dispute resolution, volume 2: dialogue between courts in times of globalization and regionalization. Stuttgart (Allemagne), German Law Publishers, 2010. 229 p.

Beale, K. *et al.* Solving the § 1782 puzzle: bringing certainty to the debate over 28 U.S.C. § 1782's application to international arbitration. *Stanford journal of international law* (Stanford, Calif.) 47:51-110, 2011.

Bédard, J. *et al.* Arbitrating in good faith and protecting the integrity of the arbitral process. *Cahiers de l'arbitrage = Paris journal of international arbitration* (Paris) 3:737-756, 2010.

Belgrade arbitration conference [III]: international commercial arbitration, trends and challenges, University of Belgrade Faculty of Law [documents de conférence, 8 avril 2011]. Belgrade, faculté de droit de l'Université de Belgrade, 2011. 368 p. Contient une version bitexte de la Convention de New York (1958) en anglais et en serbe.

Bell, A. Big trouble in "Little China": could a constitutional dilemma concerning State immunity threaten Hong Kong's position as a pre-eminent arbitration seat? *Journal of international arbitration* (Alphen aan den Rijn, Pays-Bas) 28:6:643-652, 2011.

Bělohlávek, A. J. Международно-правовая защита инвестиций в области энергетики. Киев, ТАКСОН, 2011. 395 p. Traduction du titre: Protection juridique internationale des investissements dans l'énergie.

Ben Hamida, W. Arbitration and the new political context in Tunisia. *International journal of Arab arbitration* (Liban) 3:3:7-23, 2011.

_____. L'arbitrage et le nouveau contexte politique en Tunisie. *ASA bulletin* (Alphen aan den Rijn, Pays-Bas) 29:4:838-854, 2011.

Benedettelli, M. V. "Communitarization" of international arbitration: a new spectre haunting Europe? *Arbitration international* (Londres) 27:4:583-622, 2011.

Benevenuto, R. Recognition and enforcement of foreign arbitral awards in Brazil: a comparative study with Switzerland. Zürich, Schulthess, 2010. 309 p.

Berg, A. J. van den. Enforcement of arbitral awards annulled in Russia: case comment on Dutch Supreme Court of 25 June 2010. *Journal of international arbitration* (Alphen aan den Rijn, Pays-Bas) 28:6:617-641, 2011.

Berger, B. Kritische Gedanken zur Revision von Art. 7 IPRG im Lichte eines praktischen Beispiels. *ASA bulletin* (Alphen aan den Rijn, Pays-Bas) 29:1:33-44, 2011. Traduction du titre: Pensées critiques sur la révision de l'article 7 de la Loi fédérale sur le droit international privé à la lumière d'un exemple pratique.

Bermann, G. A. "Domesticating" the New York Convention: the impact of the Federal Arbitration Act. *Journal of international dispute settlement* (Oxford) 2:2:317-332, 2011.

_____. The "Gateway" problem in international commercial arbitration. *Yale journal of international law* (New Haven, Conn.) 37:1:1-48, 2011.

_____. The UK Supreme Court speaks to international arbitration: learning from the Dallah case. *American review of international arbitration* (New York) 22:1-20, 2011.

Bermann, G. A. et L. A. Mistelis, dir. publ., Mandatory rules in international arbitration. Huntington, N.Y., Juris, 2010. 339 p.

Bernardini, P. La revisione del regolamento di arbitrato dell'UNCITRAL. *Diritto del commercio internazionale* (Gènes, Italie) 24:4:683-713, 2010. Traduction du titre: La révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

_____. Riconoscimento ed esecuzione dei lodi stranieri in Italia. *Rivista dell'arbitrato* (Milan) 20:3:429-439, 2010. Traduction du titre: Reconnaissance et exécution de sentences arbitrales étrangères en Italie.

Bernasconi-Osterwalder, N. Ensuring transparency in investor-state dispute resolution under the UNCITRAL Arbitration Rules. *IISD publications centre* 2011.

Billiet, J. Revised UNCITRAL Arbitration Rules: new provisions in international commercial arbitration. *Revista română de arbitraj* (Bucarest) 20:4:8-19, 2011.

Birch Reynardson, T. et R. Talbot-Garman. The consultation paper on amendments to the Indian Arbitration and Conciliation Act 1996: does it go far enough? *International arbitration review* (Londres) 14:3:90-98, 2011.

Bischoff, J. A. Just a little bit of "mixity"?: the EU's role in the field of international investment protection law. *Common market law review* (Alphen aan den Rijn, Pays-Bas) 48:5:1527-1569, 2011.

Blazey, P. et P. Gillies. Recognition and enforcement of foreign judgments in China. *International journal of private law* (Londres) 1:3/4:333-342, 2008.

Bobei, R. B. Arbitral proceedings: multiple perspectives (UNCITRAL Arbitration Rules (2010), ICC Rules, Vienna Rules, Polish Rules, Romanian Rules). *Revista română de arbitraj* (Bucarest) 21:1:38-56, 2012.

Bolton, P. et G. Hendrix. Atlanta's international arbitration initiative: an interview with Glenn Hendrix. *GlobalAtlanta.com* 26 avril 2011.

Born, G. B. A new generation of international adjudication. *Duke law journal* (Durham, N.C.) 61:4:775-879, 2012.

_____. International arbitration: cases and materials. New York, Aspen Publishers, 2011. 1263 p.

Born, G. B. et A. F. M. Maniruzzaman, dir. publ., Resolving international business disputes by ADR in Asia. *Transnational dispute management* (Voorburg, Pays-Bas) 8:5, décembre 2011.

Bozkurt Yüksel, A. E. Arbitration of patent disputes in Turkey. *Journal of business law* (Londres) 8:700-722, 2010.

Bras Miranda, G. et B. Moore, dir. publ., Mélanges Adrian Popovici: les couleurs du droit. Montréal, Éditions Thémis, 2010. 723 p.

Brazil-David, R. An examination of the law and practice of international commercial arbitration in Brazil. *Arbitration international* (Londres) 27:1:57-74, 2011.

_____. Harmonization and delocalization of international commercial arbitration. *Journal of international arbitration* (Alphen aan den Rijn, Pays-Bas) 28:5:445-466, 2011.

Briguglio, A. Funzioni giudiziali ausiliarie e di controllo ed arbitrato estero. *Rivista dell'arbitrato* (Milan) 21:4:573-612, 2011. Traduction du titre: Fonctions judiciaires auxiliaires et arbitrage étranger.

_____. Potestas iudicandi in materia cautelare ed arbitrato estero. *Rivista dell'arbitrato* (Milan) 20:1:17-57, 2010. Traduction du titre: Potestas iudicandi sur la supervision et l'arbitrage à l'étranger.

Burgstaller, M. et C. B. Rosenberg. Challenging international arbitral awards: to ICSID or not to ICSID? *Arbitration international* (Londres) 27:1:91-108, 2011.

Bustamante Vásconez, X. The mediated settlement agreement: the Ecuadorian experience. *Journal of international arbitration* (Alphen aan den Rijn, Pays-Bas) 28:3:283-290, 2011.

Carducci, G. Arbitration, anti-suit injunctions and lis pendens under the European Jurisdiction Regulation and the New York Convention. *Arbitration international* (Londres) 27:2:171-197, 2011.

Castello, J. E. et B. Love. "Manifest disregard of the law," "minimum contacts," and forum non conveniens: recent developments in judicially-created doctrines that may defeat enforcement of arbitral awards in the U.S. *Cahiers de l'arbitrage = Paris journal of international arbitration* (Paris) 3:653-696, 2010.

Cayre, J-D. Procédure judiciaire de Discovery en droit américain: Article 1782, Titre 28 de l'United States Code – et arbitrage international. *Cahiers de l'arbitrage = Paris journal of international arbitration* (Paris) 4:973-989, 2011.

Chaturvedi, S. et C. Agrawal. Jurisdiction to determine jurisdiction. *Arbitration* (Londres) 77:2:201-210, 2011.

Chovancová, K. Švédska arbitráž od islandských ság až po súčasnost. *Právník* (Prague) 150:8:798-822, 2011. En tchèque. Traduction du titre: Arbitrage suédois: des sagas islandaises à nos jours.

Chung, Rom K. L. The rules of natural justice in arbitration. *Arbitration* (Londres) 77:2:167-175, 2011.

Cordero Moss, G. Форма арбитражных соглашений: современные достижения в рамках ЮНСИТРАЛ и требование письменной формы Нью-йоркской конвенции. *Вестник международного коммерческого арбитража* (Moscou) 2(4):[19]-33, 2011. En Russe, avec résumé en anglais. Traduction du titre: La forme des accords d'arbitrage: l'évolution actuelle à la CNUDCI et l'exigence de forme dans la Convention de New York (1958).

Croft, C. Recent developments in arbitration in Australia. *Journal of international arbitration* (Alphen aan den Rijn, Pays-Bas) 28:6:599-616, 2011.

Cross, K. H. Letting the arbitrator decide unconscionability challenges. *Ohio State journal on dispute resolution* (Columbus, Ohio) 26:1-78, 2011.

D'Agostino, J. et H. Smith. Mixing and matching arbitration rules in mainland China: the pros and cons of using the UNCITRAL Rules in CIETAC arbitration. *Kluwer arbitration blog* 15 mars 2011.

Das, R. et A. Keyal. Judicial intervention in international arbitration. *NUJS law review* (Kolkata, Inde) 2:585-605, octobre-décembre 2009.

Daujotas, R. Assessment of the new UNCITRAL Arbitration Rules of 2010. *Social science research network* avril 2011.

Dundas, H. R. The Arbitration (Scotland) Act 2010: revolution, not evolution. *Cahiers de l'arbitrage = Paris journal of international arbitration* (Paris) 1:191-196, 2011.

Elias, F. دراسة مقارنة بين التحكيم اللبناني والعراقي. *Revue libanaise de l'arbitrage arabe et international = Lebanese review of Arab and international arbitration*

(Beyrouth) 57:3-53, 2011. Traduction du titre: Étude comparative des lois libanaises et iraquiennes sur l'arbitrage.

Enforcement. *World arbitration & mediation review* (Huntington, N.Y.) 4:3:185-246, 2010.

Exiang, Wan et Xia Xiaohong.
中国法院不予承认及执行某些外国仲裁裁决的原因：
《纽约公约》相关案例分析. *武大国际法评论 = International law review of Wuhan University* (Wuhan, Chine) 13:1-47:2010. Traduction du titre: Motifs de refus de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales étrangères par les tribunaux chinois: études de cas concernant la Convention de New York (1958).

Fabbi, A. Prova testimoniale in senso lato (di parte e terzi "non esperti") e arbitrato commerciale internazionale. *Rivista dell'arbitrato* (Milan) 21:3:401-438, 2011. Traduction du titre: La preuve testimoniale au sens large (des tiers et des "non-spécialistes") et l'arbitrage commercial international.

Fadlallah, I. Faut-il exiger un double *exequatur* pour les sentences rendues en Syrie?: (Sur l'ordonnance rendue par le Président de la première chambre civile du Tribunal de première instance de Beyrouth, le 14 décembre 2009). *Lebanese review of Arab and international arbitration = Revue libanaise de l'arbitrage arabe et international* (Beyrouth) 56:3-7, 2010.

Fadlallah, I. *et al.*, dir. publ., Investissements internationaux et arbitrage. *Cahiers de l'arbitrage = Paris journal of international arbitration* (Paris) 4:1007-1075, 2011.

Fernández Rozas, J. C. Tratado del arbitraje comercial en América Latina. Madrid, Iustel, 2008. 1366 p.

Ferrari, F. et S. Kröll, dir. publ., Conflict of laws in international arbitration. Munich, Sellier, 2011. 466 p.

Festskrift till Gustaf Möller. *Tidskrift utgiven av juridiska föreningen i Finland* (Helsinki) 4-5:353-33, 2011.

Flores Rueda, C., dir. publ., Diccionario enciclopédico de arbitraje comercial. México, D.F., Themis Editorial, 2010. 315 p.

Florescu, C. Condiţii de formă ale convenţiei arbitrale. *Revista română de arbitraj* (Bucarest) 21:1:23-37, 2012. En roumain. Traduction du titre: Validité formelle de l'accord d'arbitrage.

Franck, S. D. Rationalizing costs in investment treaty arbitration. *Washington University law review* (St. Louis, Mo.) 88:4:769-852, 2011.

_____. The ICSID effect?: considering potential variations in arbitration awards. *Virginia journal of international law* (Charlottesville, Va.) 51:4:825-914, 2011.

Friedland, P. et Bing Yan. Negotiating and drafting arbitration agreements with Chinese parties: special considerations of Chinese law and practice. *Journal of international arbitration* (Alphen aan den Rijn, Pays-Bas) 28:5:467-484, 2011.

Friedman, E. Enforcement of international arbitration awards in New York: if you take them there, you can collect from anywhere. *Arbitration international* (Londres) 27:4:575-582, 2011.

Fry, J. A. Arbitration and promotion of economic growth and investment. Paper prepared for the 1st African Conference on International Commercial Law, 13 et 14 janvier 2011, Douala.

Gabriel, S. Dealing with "challenged documents." *ASA bulletin* (Alphen aan den Rijn, Pays-Bas) 29:4:823-837, 2011.

Gaillard, E. Réflexions sur le nouveau droit français de l'arbitrage international. *Rivista dell'arbitrato* (Milan) 21:4:525-556, 2011.

Ganguli, A. K. Arbitration law. S.l., s.n., 2010. 30 p.

Garnett, R. National court intervention in arbitration as an investment treaty claim. *International and comparative law quarterly* (Londres) 60:2:485-498, 2011.

Garnett, R. et L. Nottage. The 2010 amendments to the International Arbitration Act: a new dawn for Australia? *Asian international arbitration journal* (Singapour) 7:1:29-53, 2011.

Garro, A. M. Armonización del arbitraje en el Caribe: ventajas y desventajas de los modelos propuestos por la OHADA y UNCITRAL. 14 p. Version révisée de l'exposé présenté à l'occasion du Congrès latino-américain et caribéen d'arbitrage commercial international, tenu à La Havane (Cuba) le 25 juin 2010.

Gélinas, F. The independence of international arbitrators and judges: tampered with or well tempered? *New York international law review* (Albany, N.Y.) 24:1:1-48, 2011.

Gessner, J. Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen in den USA und in Deutschland: unter besonderer Berücksichtigung des UN-Übereinkommens über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche und des UNCITRAL-Modellgesetzes. Frankfurt am Main, P. Lang, 2001. 203 p. Traduction du titre: Reconnaissance et exécution des sentences arbitrales aux États-Unis d'Amérique et en Allemagne, eu égard en particulier à la Convention de New York (1958) et la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage (1985).

Ghouri, A. A. The evolution of bilateral investment treaties, investment treaty arbitration and international investment law. *International arbitration law review* (Londres) 14:6:189-204, 2011.

Giardina, A. L'intervention et l'attraction des tiers dans la procédure arbitrale. *Rivista dell'arbitrato* (Milan) 21:4:557-572, 2011.

Giralt, J. S. M. The new Cuban Arbitration Act and interim measures of protection. *ASA bulletin* (Alphen aan den Rijn, Pays-Bas) 29:1:224-229, 2011.

Goodrich, M. Japanese arbitration: much work done; much still to do. *JCAA newsletter* (Tokyo) 27:1-3, janvier 2012.

Gouiffès, L. *et al.* Recherches sur l'arbitrage en droit international et comparé: mémoires pour le diplôme d'études approfondies de droit international privé et

du commerce international, présentés et soutenus publiquement. Paris, L.G.D.J., 1997. 269 p.

Grabundzija, A. Partial arbitral awards in international commercial arbitration. *Transnational dispute management* (Voorburg, Pays-Bas) 8:2, mai 2011.

Greenwood, L. The rise, fall and rise of international arbitration: a view from 2030. *Arbitration* (Londres) 77:4:435-441, 2011.

Grimmer, S. The expanded role of the appointing authority under the UNCITRAL Arbitration Rules 2010. *Journal of international arbitration* (Alphen aan den Rijn, Pays-Bas) 28:5:501-517, 2011.

Groupe de la Banque mondiale. Investing across borders: indicators of foreign direct investment regulation. Washington, Groupe de la Banque mondiale, 2010.

Guerrero Rodríguez, L. O. et C. Martínez Alemán. Set aside, recognition, and enforcement of private commercial arbitration awards. *Comparative law yearbook of international business* (Alphen aan den Rijn, Pays-Bas) 32:185-224, 2010.

Haddad, M. Drafting an effective ADR provision in international commercial contracts. *International journal of private law* (Londres) 3:3:271-285, 2010.

Halonen, L. Bridging the gap in the notion of "investment" between ICSID and UNCITRAL arbitrations: note on an award rendered under the bilateral investment treaty between Switzerland and Uzbekistan (*Romak SA* v. *Uzbekistan*). *ASA bulletin* (Alphen aan den Rijn, Pays-Bas) 29:2:312-326, 2011.

Hamamoto, Shotaro.
UNCITRAL仲裁部会における投資仲裁手続透明性規則作成作業.
*JCAジャーナル = JCA journal* (Tokyo) 58:8:4-10, août 2011. En japonais. Traduction du titre: Groupe de travail de la CNUDCI sur l'arbitrage: élaboration des règles sur la transparence dans les procédures d'arbitrage relatives aux investissements.

Han, Ping. 《纽约公约》第5条第1款第5项的适用问题研究. *Law review (Wuhan University)* (Chine) 3:77-81, 2011. Traduction du titre: Application du paragraphe 1 de l'article 5 de la Convention de New York (1958).

Hanotiau, B. International arbitration in a global economy: the challenges of the future. *Journal of international arbitration* (Alphen aan den Rijn, Pays-Bas) 28:2:89-103, 2011.

Harb, J-P. Definition of investments protected by international treaties: an on-going hot debate. *Mealey's international arbitration report* (King of Prussia, Pa.) 26:8:29-47, 2011.

Hauser-Morel, M. L'arbitrage en Pologne après la réforme de 2005. *Revue de l'arbitrage* (Paris) 2:415-433, 2011.

Haydn-Williams, J. International commercial arbitration in Barbados. *Arbitration* (Londres) 77:2:184-196, 2011.

Henderson, A. Falling behind or pausing for breath? The current state of international arbitration in Thailand. *Asian dispute review* (Hong Kong) 86-88, juillet 2011.

_____. Security for costs in arbitration in Singapore. *Asian international arbitration journal* (Singapour) 7:1:54-75, 2011.

Hill, T. et D. So. The Hong Kong Arbitration Ordinance and its application to the construction industry. *Asian dispute review* (Hong Kong) 8-10, janvier 2012.

Holloway, D. Avoiding duplicative litigation about arbitration awards within the EU. *Journal of international dispute settlement* (Oxford) 2:2:435-457, 2011.

Huang, L. W. Which treaties reign supreme?: the dormant supremacy clause effect of implemented non-self-executing treaties. *Fordham law review* (New York) 79:2211-2258, 2011.

Huang, Yi. 论《纽约公约》里的不可仲裁性. *Knowledge economy* (Chine) 2:41, 2011. Traduction du titre: La non-arbitrabilité dans la Convention de New York (1958).

Huber, S. K. et B. H. Sheppard. AAA Yearbook on arbitration and the law. 23e éd., Huntington, N.Y., Juris, 2011. 423 p.

Hughes, B. The recognition and enforcement of foreign arbitral awards in Korea. *International law practicum* (Albany, N.Y.) 23:2:123-129, 2010.

Hulbert, R. W. The case for a coherent application of chapter 2 of the Federal Arbitration Act. *American review of international arbitration* (New York) 22:45-85, 2011.

International Chamber of Commerce. Guide to national rules of procedure for the recognition and enforcement of New York Convention awards. Paris, CCI, 2008. 349 p.

Ismail, M. A. M. Globalization and new international public works agreements in developing countries: an analytical perspective. Farnham, Surrey, Royaume-Uni, Ashgate Publishing Ltd., 2011. 295 p.

Jakoba, R. Le régime spécifique de l'arbitrage commercial international dans le droit malgache de l'arbitrage. *Revue du Centre d'arbitrage et de médiation de Madagascar [CAMM]* (Antananarivo) 1:5-8, avril 2002.

Jarosson, C. et J. Pellerin. Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011. *Revue de l'arbitrage* (Paris) 1:5-86, 2011.

Jones, D. International arbitration: navigating the arbitral institutions and venues. *International law practicum* (Albany, N.Y.) 23:2:116-122, 2010.

Karrar-Lewsley, R. Revolution in Bahrain: Decree No.30 of 2009 and the world's first arbitration freezone. *International arbitration review* (Londres) 14:3:80-89, 2011.

Kasolowsky, B. et C. Harvey. Amici curiae in investment treaty arbitrations: authority and procedural fairness. *Stockholm international arbitration review* (Huntington, N.Y.) 2:1-18, 2009.

Kaufmann-Kohler, G. Soft law in international arbitration: codification and normativity. *Journal of international dispute settlement* (Oxford) 1:2:283-299, 2010.

Kenfack Douajni, G. L'internationalité de l'arbitrage OHADA. Document établi en vue de la première Conférence africaine sur le droit commercial international, 13 et 14 janvier 2011, Douala.

Kennedy, J. Arbitrate this!: Enforcing foreign arbitral awards and Chapter III of the Constitution. *Melbourne University law review* (Melbourne) 34:2:558-591, 2010.

Kent, R. D. Legislative threats to the historically strong relationship between domestic and international arbitration in the U.S. *World arbitration & mediation review* (Huntington, N.Y.) 4:2:107-142, 2010.

Kim, Grace Gunah. After the ECJ's West Tankers: the clash of civilizations on the issue of an anti-suit injuction. *Cardozo journal of conflict resolution* (New York) 12:2:573-607, 2011.

Kirshner, S. *et al.* [Droit commercial international: partie B]. Raanana, Israël, Open University of Israel, 2011. 314 p. Titre original en hébreux. En hébreux.

Kirtley, W. L. Court-ordered discovery in the United States under 28 USC Section 1782 for use in foreign international arbitrations: its evolution, current trends, strategic use and dangers. *International arbitration law review* (Londres) 14:2:47-64, 2011.

Knahr, C. *et al.*, dir. publ., Investment and commercial arbitration: similarities and divergences. La Haye, Eleven International Publishing, 2010. 197 p.

Kozlowska, D. The Revised UNCITRAL Arbitration Rules seen through the prism of electronic disclosure. *Journal of international arbitration* (Alphen aan den Rijn, Pays-Bas) 28:1:51-65, 2011.

Kun, Fan. Prospects of foreign arbitration institutions administering arbitration in China. *Journal of international arbitration* (Alphen aan den Rijn, Pays-Bas) 28:4:343-353, 2011.

Levine, E. *Amicus curiae* in international investment arbitration: the implications of an increase in third-party participation. *Berkeley journal of international law* (Berkeley, Calif.) 29:1:200-224, 2011.

Levi-Tawil, E. East meets West: introducing sharia into the rules governing international arbitrations at the BCDR-AAA. *Cardozo journal of conflict resolution* (New York) 12:2:609-636, 2011.

Lévy, L. et Y. Derains, dir. publ., Liber Amicorum en l'honneur de Serge Lazareff. Paris, Pedone, 2011. 642 p.

Li, Wanjia. 《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》修订对仲裁规则发展影响. *China's foreign trade* (Chine) 2:93-94, 2011. Traduction du titre: L'influence du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (révisé en 2010) sur le développement des règles d'arbitrage.

Lim, Charles Aeng Cheng. The developmental life cycle of international arbitration legislation: Singapore IAA case study. *Asian international arbitration journal* (Singapour) 7:1:1-28, 2011.

Lipe, G. S. et T. J. Tyler. The Hague Convention on Choice of Court Agreements: creating room for choice in international cases. *Houston journal of international law* (Houston, Tex.) 33:1:1(38), 2010.

Liu, Jun-xia. 2010年《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》评析. *Present day law science* (Chine) 8:6:92-98, 2010. Traduction du titre: À propos de la révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (révisé en 2010).

Luttrell, S. R. The arbitration law of the Dubai International Financial Centre. *Journal of international commercial law and technology* 3:3:170-176, 2008.

Madsen, F. Navigating in the archipelago of Swedish due process safeguards: a sea chart indicating a few treacherous reefs. *Stockholm international arbitration review* (Huntington, N.Y.) 2:19-38, 2009.

Makarius, V. International commercial arbitration in the Czech Republic = L'arbitrage commercial international en République tchèque. *Revue de droit des affaires internationales = International business law journal* (Paris) 6:615-628, 2011.

Mansour, S. B. مبدأ الاختصاص بالاختصاص. *Lebanese review of Arab and international arbitration = Revue libanaise de l'arbitrage arabe et international* (Beyrouth) 56:8-26, 2010. Traduction du titre: Le principe de compétence-compétence [en ce qui concerne le rôle du système judiciaire pour accroître l'efficacité de l'arbitrage dans la législation libanaise].

Marple, W. E. et A. O. Wirmani. Waiver of the right to remove in forum selection clauses subject to the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. *Mercer law review* (Macon, Ga.) 62:501-517, 2011.

Materna, M. G. An unnecessary consternation: an analysis of the future of EU arbitration in the wake of the West Tankers Decision. *Pepperdine dispute resolution law journal* (Malibu, Calif.) 11:571-596, 2011.

Merkin, R. Insurance and reinsurance arbitrations: some issues. *Asian dispute review* (Hong Kong) 18-20 janvier 2012.

Merkin, R. et J. Hjalmarsson. Singapore arbitration legislation: annotated. Londres, Informa, 2009. 226 p.

Miles, K. et Ch. Brown, dir. publ., Evolution in investment treaty law and arbitration. Cambridge, Royaume-Uni, Cambridge University Press, 2011. xlv, 699 p.

Mitchell, A. D. et S. M. Wurzberger. Boxed in?: Australia's plain tobacco packaging initiative and international investment law. *Arbitration international* (Londres) 27:4:623-651, 2011.

Moreno Rodríguez, J. A. Contratación y arbitraje: contribuciones recientes. Asunción, CEDEP, 2010. 324 p.

Moreno Rodríguez, J. A., dir. publ., Arbitraje y mediación: contribuciones recientes. Asunción, Centro de Arbitraje y Mediación Paraguay, 2003. 743 p.

Moser, M. J. Managing business disputes in today's China: duelling with dragons. Alphen aan den Rijn, Pays-Bas, Kluwer Law International, 2007. 319 p.

Mosimann, O. L. Anti-suit injunctions in international commercial arbitration. La Haye, Eleven International Publishing, 2010. 199 p.

Mouawad, C. et R. Digón. Modern and competitive: the new CRCICA rules. *International journal of Arab arbitration* (Beyrouth) 3:1:17-24, 2011.

Mouawad, C. *et al.* The DynoCorp case: the journey of an international arbitral award. *International journal of Arab arbitration* (Liban) 3:3:25-54, 2011.

Najjar, N. Le contrôle judiciaire de la convention d'arbitrage. *Lebanese review of Arab and international arbitration = Revue libanaise de l'arbitrage arabe et international* (Beyrouth) 56:8-12, 2010.

Nakamura, T. 外国裁判所で取り消された仲裁判断の内国での効力: ニューヨーク条約5条1項（e）に基づく承認・執行の可否.
*JCAジャーナル = JCA journal* (Tokyo) Pt. 1 and 2 in vol. 58, 2011. En japonais. Traduction du titre: Validité d'une décision arbitrale d'un tribunal national annulée par un tribunal étranger: avantages et inconvénients de la reconnaissance et de l'exécution fondée sur l'article V-1 e) de la Convention de New York (1958).

Nariman, F. S. Ten steps to salvage arbitration in India: the first LCIA-India arbitration lecture. *Arbitration international* (Londres) 27:2:115-127, 2011.

Nations Unies. Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (révisé en 2010). New York, Nations Unies, 2011. 30 p. Publié dans toutes les langues officielles de l'Organisation des Nations Unies.

Navarro, J.-L. et Guy Lefebvre, dir. publ., L'acculturation en droit des affaires. Montréal, Éditions Thémis, 2007. 650 p.

New York State Bar Association. NYSBA International Section, seasonal meeting 2011: Latin America as an engine for economic recovery and growth, 20-24 septembre 2011, Panama (Panama), electronic proceedings, [documents de conférence]. Panama, NYSBA, 2011. 1 CD-ROM.

Newman, L. W. et D. Zaslowsky. Soft law guides parties on procedures in international arbitration. *New York law journal* (New York) 245:56, 24 mars 2011.

Nottage, L. Afterthoughts: international commercial contracts and arbitration. *Australian international law journal* (Sydney) 17:197-204, 2010.

Noussia, K. Confidentiality in international commercial arbitration: a comparative analysis of the position under English, US, German and French law. Berlin, Springer, 2010. 200 p.

Nowaczyk, P. *et al.* Regulamin Arbitrażowy UNCITRAL: komentarz. Warszawa, C.H. Beck, 2011. 781 p. En polonais. Traduction du titre: Règlement d'arbitrage de la CNUDCI: commentaires.

O'Reilly, M. Provisions on costs and appeals: an assessment from an international perspective. *Arbitration* (Londres) 76:4:705-718, 2010.

Oda, Hiroshi. Enforcement and setting aside of foreign arbitral awards in Japan. *ICC International Court of Arbitration bulletin* (Paris) 21:2:9-17, 2010.

Olavo Baptista, L. et S. J. Bueno de Miranda. Arbitration agreement and choice-of-law clause: a Brazilian law perspective. *Cahiers de l'arbitrage = Paris journal of international arbitration* (Paris) 3:705-719, 2011.

Orta, D. M. et G. Fuentes. What is the effect of international arbitral rules on the availability of assistance in the production of evidence pursuant to 28 U.S.C § 1782? *World arbitration & mediation review* (Huntington, N.Y.) 4:3:247-285, 2010.

Otean, O. F. Effects of an arbitral award appeal case. *Business law review* (Alphen aan den Rijn, Pays-Bas) 32:11:293-296, 2011.

Özsunay, M. R. Principles and rules of the UNCITRAL Model Law as essentially adopted by the Turkish Act on international arbitration. In Austrian Arbitration Yearbook 2008. C. Klausegger, *et al.*, dir. publ., Vienne, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2008. p. 343-368.

Paciaroni, R. F. International commercial arbitration in Brazil: a primer. *Mealey's international arbitration report* (King of Prussia, Pa.) 26:8:22-24, 2011.

Pan, Junqiang. 论国外商事仲裁裁决在中国的承认和执行. *Merchandise and quality* (Chine) 4:134, 2011. Traduction du titre: Reconnaissance et exécution de la sentence arbitrale étrangère en Chine.

Parra Rodríguez, C. Problemas técnicos del arbitraje comercial internacional. In Derecho Internacional Económico y de las inversiones internacionales. J. L. Collantes González, B. de la Vega Justribó, dir. publ., Lima, Espagne, Palestra Editores, 2009. v. 2. p. 529-556.

Paulsson, J. Arbitration in three dimensions. *International and comparative law quarterly* (Londres) 60:2:291-323, 2011.

Paulsson, J. *et al.* The Freshfields guide to arbitration clauses in international contracts. 3e éd., Alphen aan den Rijn (Pays-Bas), Kluwer Law International, 2011. xiv, 177 p.

Pennisi, M. Enforcing international insurers' expectations: can states unilaterally quash commercial arbitration agreements under the McCarran-Ferguson Act? *Fordham journal of corporate & financial law* (New York) 16:601-671, 2011.

Perales Viscasillas, M. P. et D. Ramos Muñoz. CISG & arbitration. *Spain arbitration review* (Madrid) 10:63-84, 2011.

Petrochilos, G. The ILA tackles confidentiality: the 2010 ILA findings and recommendations on confidentiality. *Cahiers de l'arbitrage = Paris journal of international arbitration* (Paris) 1:51-57, 2011.

Phull, C. U.S. Anti-suit injunctions in support of international arbitration: five questions American courts ask. *Journal of international arbitration* (Alphen aan den Rijn, Pays-Bas) 28:1:21-50, 2011.

Pic, P. et I. Leger. Le nouveau Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (2010). *Revue de l'arbitrage* (Paris) 1:99-118, 2011.

Piccirillo, A. C. Sisyphus meets Icarus: the jurisdictional and comity limits of post-satisfaction anti-foreign-suit injunctions. *Fordham law review* (New York) 80:3:1407-1451, 2011.

Pinkston, J. In rem jurisdiction in an action to confirm and enforce a foreign arbitral award generally and jurisdiction based upon the presence of a U.S. subsidiary specifically. *Review of litigation* (Austin, Tex.) 30:415-474, 2011.

Poulain, B. L'arbitrage FED: une révision est nécessaire. *Revue de l'arbitrage* (Paris) 4:923-941, 2011.

Prodigalidad, P-A. T. Recognition and enforcement of foreign arbitral awards in the Philippines: challenges after the 2009 special ADR rules. *Asian international arbitration journal* (Singapour) 6:2:101-133, 2010.

Profaizer, J. R. Emerging issues in the enforcement of foreign arbitral awards. In Investing with confidence: understanding political risk management in the 21st century. K. W. Lu, G. Verheyen and S. M. Perera, dir. publ., Washington, Banque mondiale, 2009. p. 163 à 172.

Profaizer, J. R. et D. Prince. Obtaining injunctions in aid of arbitration in United States federal courts: addressing a potential threshold jurisdictional bar. *Mealey's international arbitration report* (King of Prussia, Pa.) 26:10:21-33, 2011.

Putting KL on the arbitration map. *Edge financial daily* (Kuala Lumpur) 3 janvier 2012.

Python, J. et W. Peter, dir. publ., L'éclectique juridique: recueil d'articles en l'honneur de Jacques Python. Genève, Schulthess, 2011. 365 p.

Radicati di Brozolo, L. G. Arbitration and the draft revised Brussels I Regulation: seeds of home country control and of harmonisation? *Journal of private international law* (Oxford) 7:3:423-460, 2011.

_____. The impact of national law and courts on international commercial arbitration: mythology, physiology, pathology, remedies and trends. *Cahiers de l'arbitrage = Paris journal of international arbitration* (Paris) 3:663-692, 2011.

Rahman, A. An insight into the application of arbitral theory: arising judicial practice. *Asian international arbitration journal* (Singapour) 7:2:97-117, 2011.

Rakić-Vodinelić, V. et G. Knežević, dir. publ., Liber amicorum Dobrosav Mitrović. Belgrade, Glasnik, 2007. 743 p. En anglais, français et serbe.

Reichert, K. Initial experience of the Irish Arbitration Act 2010. *International arbitration review* (Londres) 14:3:99-102, 2011.

_____. Ireland: the Arbitration Act 2010. *Cahiers de l'arbitrage = Paris journal of international arbitration* (Paris) 1:197-202, 2011.

Reilly, L. Harmonisation of Irish arbitration law: Arbitration Act 2010. *Journal of international arbitration* (Alphen aan den Rijn, Pays-Bas) 28:2:163-171, 2011.

Reinisch, A. How narrow are narrow dispute settlement clauses in investment treaties? *Journal of international dispute settlement* (Oxford) 2:1:115-174, 2011.

Rendeiro, A. C. Indian arbitration and "public policy." *Texas law review* (Austin, Tex.) 89:3:699-728, 2011.

Respondek, A. Asia arbitration guide. 2e éd., Singapour, Respondek & Fan, 2011. 209 p.

Rich, D. A. Deference to the "Law of Nations": the intersection between the New York Convention, the Convention Act, the McCarran-Ferguson Act, and state anti-insurance arbitration statutes. *Thomas Jefferson law review* (San Diego, Calif.) 33:81-137, 2010.

Rights of the host states within the system of international investment protection. *Czech yearbook of international law* (Huntington, N.Y.) 2:1-416, 2011.

Rohner, T. et M. Lazopoulos. Respondent's refusal to pay its share of the advance on costs. *ASA bulletin* (Alphen aan den Rijn, Pays-Bas) 29:3:549-573, 2011.

Rojas Elgueta, G. Understanding discovery in international commercial arbitration through behavioral law and economics: a journey inside the minds of parties and arbitrators. *Harvard negotiation law review* (Cambridge, Mass.) 16:165-191, 2011.

Romero-Delmastro, A. R. Validity and effects of international arbitration clauses in petroleum contracts in Kazakhstan pursuant to international law. *Transnational dispute management* (Voorburg, Pays-Bas) 8:1, février 2011.

Roodt, C. Autonomy and due process in arbitration: recalibrating the balance. Document établi en vue de la première Conférence africaine sur le droit commercial international, 13 et 14 janvier 2011, Douala.

_____. Conflicts of procedures between courts and arbitral tribunals with particular reference to the right of access to court. *African journal of international and comparative law = Revue africaine de droit international et comparé* (Édimbourg) 19:2:236-282, 2011.

Rudahindwa, J. B. International commercial arbitration in Africa: the organization for harmonization of business law in Africa (OHADA) sets the tone. Indianapolis, Ind., s.n., 2011. 76 p.

Samassekou, M. et Lianbin Song. Effectiveness and remedies of arbitral awards in OHADA (1)'s system and in the People's Republic of China. *Journal of politics and law* (Toronto) 4:1:63-72, mars 2011.

Samtleben, J. Schiedsgerichtsbarkeit und Finanztermingeschäfte: der Schutz der Anleger vor der Schiedsgerichtsbarkeit durch § 37h WpHG. *IPRax* (Bielefeld, Allemagne) 31:5:469-479, 2011. Traduction du titre: Arbitrage et échange de contrats financiers à terme: protection des investisseurs avant l'arbitrage par le paragraphe 37 h de la loi sur les transactions portant sur des titres.

Sanders, P., dir. publ., ICCA's guide to the interpretation of the 1958 New York Convention: a handbook for judges. La Haye, ICCA, 2011. 154 p.

Sao, Deth *et al.* Healthcare disputes across national boundaries: the potential for arbitration. *George Washington international law review* (Washington) 42:3:475-533, 2010.

Saraf, B. P. et S. M. Jhunjhunuwala. Law of arbitration and conciliation. 5e éd., Mumbai, Inde, Snow White, 2009. 1383 p.

Schneider, M. E. The revision of the UNCITRAL Arbitration Rules: some observations on the process and the results. *Cahiers de l'arbitrage = Paris journal of international arbitration* (Paris) 4:903-938, 2011.

Schneider, M. E. et J. Knoll, dir. publ., Performance as a remedy: non-monetary relief in international arbitration. Huntington, N.Y., Juris, 2011. 406 p.

Schwartz, E. A. The new French arbitration decree: the arbitral procedure. *Cahiers de l'arbitrage = Paris journal of international arbitration* (Paris) 2:349-374, 2011.

Sexton, E. J. et M. Kotrly. Looking out and looking in: reconciling domestic and internationalist considerations in the enforcement and review of arbitration awards in Canada. *Arbitration international* (Londres) 27:2:211-231, 2011.

Shaffer, J. R. Rescuing the international arbitral model: identifying the problem in natural resources trade and development. *West Virginia law review* (Morgantown, W. Va.) 114:309-346, 2011.

Shahbazinia, M. et M. Issaei Tafreshi. Nationality of parties and arbitrator(s) in international commercial arbitration under Iranian law. *International arbitration law review* (Londres) 14:1:29-34, 2011.

Sharar, Z. A. A. Does Qatar need to reform its arbitration law and adopt the UNCITRAL Model Law for Arbitration?: a comparative analysis. *International journal of Arab arbitration* (Beyrouth) 3:2:7-31, 2011.

Sharma, V. et P. Agarwal. Rendering India into an arbitration friendly jurisdiction: analysis of the proposed amendments to the Arbitration and Conciliation Act, 1996. *NUJS law review* (Kolkata, Inde) 3:529-542, octobre-décembre 2010.

Sheffer, M. W. Bilateral investment treaties: a friend or foe to human rights? *Denver journal of international law and policy* (Denver, Colo.) 39:3:483-521, 2011.

Shigeki, Teppei.
国際契約における仲裁条項ドラフティングにあたっての留意点（上）：IBA Guidelines for Drafting International Arbitration Clauses を参考に. *JCAジャーナル = JCA journal* (Tokyo) 58:3:2-9, 2011. Traduction du titre: Questions à examiner lors de l'élaboration de clauses d'arbitrage international (première partie): Lignes directrices de l'Association internationale du barreau pour l'élaboration de clauses d'arbitrage international.

Shulman, M. R. Moot court diplomacy. *International Herald Tribune* (Neuilly-sur-Seine, France), 15 et 16 avril 2006.

Sibaja Guillén, L. E. Comentarios sobre el acuerdo arbitral internacional en Costa Rica. *Revista judicial* (San José) 99:179-205, 2011.

Simmons, K. et S. McDonald. The standard of reasons under Australian arbitration law following the decision in *Westport Insurance Corporation* v. *Gordian Runoff Ltd. International arbitration law review* (Londres) 14:6:205-209, 2011.

Skinner, M. *et al.* The UNCITRAL Arbitration Rules 2010. *Asian international arbitration journal* (Singapour) 7:1:76-96, 2011.

Smeureanu, I. M. Confidentiality in international commercial arbitration. Alphen aan den Rijn, Pays-Bas, Kluwer Law International, 2011. 232 p.

Smith, G. Commentary on the new Singapore International Arbitration Centre rules. *Arbitration* (Londres) 76:4:727-738, 2010.

Special edition on arbitrator challenges. *Arbitration international* (Londres) 27:3:281-536, 2011.

Stone, W. Public policy in the enforcement of New York Convention awards: a Hong Kong perspective. *Asian dispute review* (Hong Kong) 71-77, juillet 2011.

Strong, S. I. International arbitration and the Republic of Colombia: commercial, comparative and constitutional concerns from a U.S. perspective. *Duke journal of comparative and international law* (Durham, N.C.) 22:1:47-107, 2011.

Suh, M. M. et D. L. Trembly. Section 1782 discovery in international arbitration: factors to consider in light of U.S. case law. *Dispute resolution journal* (New York) 66:1:72-84, février-avril 2011.

Sukkar, M. Domestic arbitration in Lebanon. *Revue libanaise de l'arbitrage arabe et international = Lebanese review of Arab and international arbitration* (Beyrouth) 58:17-64, 2011.

Taivalkoski, P. et P. Airas. Uudistetut UNCITRAL in välimiesmenettelysäännöt. *Defensor legis* (Helsinki) 4:533-538, 2011. En finnois. Traduction du titre: Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (révisé en 2010).

Tan, P. AJU v AJT: nail in Soleimany's coffin? *International arbitration law review* (Londres) 14:6:183-188, 2011.

_____. Competing priorities in international commercial arbitration. *International arbitration review* (Londres) 14:3:67-72, 2011.

Tao, Jingzhou. Arbitration law and practice in China. 2e éd., Alphen aan den Rijn (Pays-Bas), Kluwer Law International, 2008. 436 p.

Tercier, P. La légitimité de l'arbitrage. *Revue de l'arbitrage* (Paris) 3:653-668, 2011.

Tercier, P., dir. publ., Post award issues. Huntington, N.Y., Juris, 2011. 167 p.

The relationship between constitutional values, human rights and arbitration. *Czech (& Central European) yearbook of arbitration* (Huntington, N.Y.) 1:1-533, 2011.

Torgbor, E. Ghana outdoors: the new Alternative Dispute Resolution Act 2010 (Act 798): a brief appraisal. *Arbitration* (Londres) 77:2:211-219, 2011.

Torterola, I. et L. A. Mistelis. International arbitration case law (IACL) [ressource électronique]. En anglais, espagnol et français.

Tsang, A. Transnational rules on interim measures in international courts and arbitrations. *International arbitration law review* (Londres) 14:2:35-42, 2011.

Tweeddale, A. Arbitration under the Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999 and enforcement of an award. *Arbitration international* (Londres) 27:4:653-661, 2011.

United Arab Emirates accedes to the New York Convention. *Fulbright client alert* (Houston, Tex.) août 2006.

Valletta, C. V. et D. E. Miller. Spotlight on the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. *New York international chapter news* (New York) 16:1:5-38, 2011.

Vasilieva, D. et T. Askhadullin. Получение доказательств в России в поддержку международного коммерческого арбитража. *Корпоративный юрист* (Москва) 11:52-56, 2011. Traduction du titre: Obtenir de la Fédération de Russie des éléments de preuve à l'appui d'un arbitrage commercial international.

Vásquez Palma, M. F. Recepción del arbitraje comercial internacional en Chile desde una óptica jurisprudencial: una revisión ineludible. *Revista Chilena de derecho* (Santiago) 38:2:349-370, 2011.

Veeder, V. V. Is there a need to revise the New York Convention? *Journal of international dispute settlement* (Oxford) 1:2:499-506, 2010.

Verbist, H. De rechtsbescherming van partijen in privaatrechtelijke handelsarbitrage. Anvers, Belgique, Intersentia, 2011. 195 p. Traduction du titre: La protection juridique des parties privées dans l'arbitrage commercial.

Verdera y Tuells, E. La reforma del régimen jurídico del arbitraje en España. In Studi in onore di Aldo Frignani: nuovi orizzonti del diritto comparato europeo e transnazionale. G. Ajani, *et al.*, dir. publ., Naples, Jovene Editore, 2011. p. 501 à 540.

de Vietri, R. et K. Dharmananda. Impartiality and the issue of repeat arbitrators: a reply to Slaoui. *Journal of international arbitration* (Alphen aan den Rijn, Pays-Bas) 28:3:187-200, 2011.

Voser, N. Overview of the most important changes in the revised ICC Arbitration Rules. *ASA bulletin* (Alphen aan den Rijn, Pays-Bas) 29:4:783-822, 2011.

Wagner, P. K. Arbitration in Germany. *International law practicum* (Albany, N.Y.) 23:2:105-109, 2010.

Waincymer, J. M. International arbitration and the duty to know the law. *Journal of international arbitration* (Alphen aan den Rijn, Pays-Bas) 28:3:201-242, 2011.

Wald, A. The new phase of international arbitration in Brazil. *International law quarterly* (Tallahassee, Fla.) 29:4:47-51, 2011.

Walsh, T. W. 2006 UNCITRAL Model Law: are states adopting the law in letter and spirit? *Arbitration and ADR review* (Dublin) 3:215-234, 2010.

Wang, Hongsong. The successful practice of the concepts and principles of modern commercial arbitration in China: take the amendments of Arbitration Rules of Beijing Arbitration Commission for example. *Transnational dispute management* (Voorburg, Pays-Bas) 8:1, février 2011.

Webster, T. H. Handbook of UNCITRAL arbitration: commentary, precedents and materials for UNCITRAL based arbitration rules. Londres, Sweet & Maxwell, 2010. 1064 p.

Welsh, A. The law applicable to the award of interest: a roadmap through the maze. *World arbitration and mediation review* (Huntington, N.Y.) 5:1:23-42, 2011.

Wilske, S. et J. G. Ewers. Why South Africa should update its international arbitration legislation: an appeal from the International Arbitration Community for Legal Reform in South Africa. *Journal of international arbitration* (Alphen aan den Rijn, Pays-Bas) 28:1:1-13, 2011.

Wu, A. The new arbitration legislation in Hong Kong and France: a comparative study. *Mealey's international arbitration report* (King of Prussia, Pa.) 26:9:25-27, 2011.

Yang, Ing Loong. Enforcement of arbitral awards: the Taiwanese perspective. *Asian dispute review* (Hong Kong) 50-54, avril 2011.

Yapp, J. The liability of arbitral institutions. *Asian dispute review* (Hong Kong) 114-116, octobre 2011.

Zhong, Cheng. 《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》修订的最新动向. *The rule of law forum* (Chine) 24:2:61-66, 2009. Traduction du titre: Derniers développements concernant le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

纪念《纽约公约》五十周年：司法面临的挑战 = 50th anniversary of the New York Convention: challenges for the judiciary, 12 décembre 2008, Beijing (Chine) [documents de conférence]. Beijing, National Judges College, 2008. 1 v. En anglais et chinois.

# IV. Transport international

[Numéro spécial consacré en partie aux Règles de Rotterdam (2008)]. *Anuario de derecho maritimo* (Madrid) 28:25-292, 2010.

Aladwani, T. Effect of shipping standards on seaworthiness. *European journal of commercial contract law* (Zutphen, Pays-Bas) 3:2:33-45, 2011.

_____. The supply of containers and "seaworthiness": the Rotterdam Rules perspective. *Journal of maritime law and commerce* (Baltimore, Md.) 42:2:185-209, 2011.

Alba, M. *et al.* Montevideo Declaration: the facts = Declaración de Montevideo: los hechos. S.l., s.n., 2010. 13 p. En anglais et espagnol.

Alcántara, J. M. *et al.* A blue print for a worldwide multimodal regime. *Cuadernos de derecho transnacional* (Madrid) 3:2:5-9, 2011.

_____. Declaración de Montevideo: Montevideo, 22 de octubre de 2010. Montevideo, s.n., 2010. 5 p. Traduction du titre: Déclaration de Montevideo.

Andrews, M. J. *et al.* International transportation law. *International lawyer* (Dallas, Tex.) 45:1:313, 2011.

Baatz, Y. Forum selection in contracts for the carriage of goods by sea: the European dimension. *Lloyd's maritime and commercial law quarterly* (Londres) 2:208-226, 2011.

Bäckdén, P. Will Himalaya bring class down from Mount Olympus?: impact of the Rotterdam Rules. *Journal of maritime law and commerce* (Baltimore, Md.) 42:1:115-123, 2011.

Bahnsen, K. U. *et al.* Stellungnahme der Deutschen Gesellschaft für Transportrecht zu dem Referentenentwurf für ein Gesetz zur Reform des Seehandelsrechts. *Transportrecht* (Neuwied, Allemagne) 34:9:309-318, 2011. Traduction du titre: Avis de la Société allemande pour le droit des transports sur l'avant-projet de loi pour la réforme du droit maritime.

Beare, S. The Rotterdam Rules: some controversies. *[CMI] Yearbook = Annuaire* (Anvers, Belgique) 516-520, 2010.

Bergami, R. The Rotterdam Rules and L/Cs. *DCInsight* (Paris) 16:2:18-20, 2010.

Berlingieri, F. Arbitrato marittimo e Regole di Rotterdam. *Diritto marittimo* (Gènes, Italie) 113:2:387-397, 2011. Traduction du titre: L'arbitrage maritime et les Règles de Rotterdam (2008).

Berlingieri, F. et P. Delebecque. Analyse des critiques aux règles de Rotterdam (1). *Droit maritime français* (Paris) 63:731:967-972, 2011.

Bras Miranda, G. et B. Moore, dir. publ., Mélanges Adrian Popovici: les couleurs du droit. Montréal, Éditions Thémis, 2010. 723 p.

Cappagli, A. C. Limitation of liability in the Rotterdam Rules: a Latin American perspective. Buenos Aires, s.n., 2010. 14 p.

Chard, D. The Rotterdam Rules: two years on. *BIMCO bulletin* (Bagsvaerd, Denmark) 106:4:38-39, 2011.

Chuah, J. The Rotterdam Rules and the EU: a case of mixed messages. *Journal of international maritime law* (Witney, Royaume-Uni) 17:1:5-6, 2011.

Claringbould, M. H. Rotterdam Rules: both-to-blame collision: 100% cargo liability! *Journal of international maritime law* (Witney, Royaume-Uni) 17:3:195-218, 2011.

Clarke, M. A. Multimodal transport in the new millennium. *WMU journal of maritime affairs* (Malmö, Suède) 1:1:71-84, 2002.

Emparanza, A., dir. publ., Las Reglas de Rotterdam: la regulación del contrato de transporte internacional de mercancías por mar. Madrid, Marcial Pons, 2010. 365 p.

Espinosa Calabuig, R. Cuestiones de jurisdicción y ley aplicable al transporte marítimo tras las "Reglas de Rotterdam" y el Reglamento "Roma I." *Diritto marittimo* (Gènes, Italie) 113:1:18-36, 2011. Traduction du titre: Questions de

compétence et de loi applicable au transport maritime en vertu des Règles de Rotterdam (2008) et du Règlement Rome I.

Francou, B., dir. publ., Les Règles de Rotterdam: le droit des transports maritimes au XXIe siècle; 20 et 21 mai 2010 Marseille, Institut méditerranéen des transports maritimes, Annales 2010. Marseille (France), I.M.T.M., 2010. 415 p.

Franco-Zárate, J. A. Colombian law on carriage of goods by sea: current regulation and some perspectives towards an eventual ratification of the Rotterdam Rules. *Journal of international maritime law* (Witney, Royaume-Uni) 16:6:476-484, 2010.

Furuta, Shinichi. Rotterudamu Ruluzu no hyôka to mondaiten. *JCA ジャーナル = JCA journal* (Tokyo) 58:2:2-11, 2011. Traduction du titre: Les Règles de Rotterdam (2008): évaluation et problèmes.

Goldby, M. A. The electronic replication of the bill of lading's functions: past failures, current trends, future developments. Londres, s.n., 2009. 265 p.

Guzmán, J. V. *et al.* The Rotterdam Rules: a Latin-American response to the "Declaration of Montevideo" = Las Reglas de Rotterdam: Una respuesta Latinoamericana a la "Declaración de Montevideo." Buenos Aires, s.n., 2010. 19 p. En anglais et espagnol.

Han, Lixin *et al.* A study on the validity of incorporating arbitration clauses in charterparties into bills of lading under Chinese law. *Journal of international maritime law* (Witney, Royaume-Uni) 17:3:226-237, 2011.

Herber, R. Wer ist ausführender Verfrachter? Bemerkungen zum Referentenentwurf. *Transportrecht* (Neuwied, Allemagne) 34:10:359-362, 2011. Traduction du titre: Qui est réellement le fréteur? Remarques sur l'avant-projet de loi.

Huybrechts, M. A. Package limitation in modern maritime transport treaties: a critical analysis. *Journal of international maritime law* (Witney, Royaume-Uni) 17:2:90-105, 2011.

Illescas Ortiz, R. L'Espagne ratifie les règles de Rotterdam: ce qui change au niveau du droit du transport international suite à ces règles. *Droit maritime français* (Paris) 63:728:691-700, 2011.

Kozubovskaya-Pellé, A. et Yang Wang. Who is the carrier in the carriage of goods by sea?: Rotterdam Rules response from a French and English perspective. *Journal of international maritime law* (Witney, Royaume-Uni) 17:5:382-389, 2011.

Lannan, K. The launch of the Rotterdam Rules. *Shanghai international platform for maritime legal arbitration papers* (Shanghai) 2009. Traduction chinoise disponible dans: *Annual of China maritime law* (Chine) 20:4. Traduction du titre: 《鹿特丹规则》的构建.

Leclercq, J. F. The fight against modern piracy impeding maritime traffic and hampering United Nations fundamental rights. *European transport law* (Anvers, Belgique) 46:4:359-401, 2011.

Lee, T. O. The controversial Rotterdam Rules (part 1). *DCInsight* (Paris) 16:1:20-21, 2010.

_____. The new carriage by sea Rotterdam Rules (part 2). *DCInsight* (Paris) 16:2:17-18, 2010.

Li, Henry Hai. 《鹿特丹规则》:一个值得珍惜的统一法律的机会. *Annual of China Maritime Law* (Chine) 21:1:11-14, 2010. Traduction anglaise disponible dans: Proceedings of the Seventh International Conference on Maritime Law: 2009.11.13-15, Shanghai. Shanghai, China Maritime Law Association, 2009. p. 132 à 135. Traduction du titre: Les Règles de Rotterdam (2008): une occasion bienvenue d'unifier le droit.

Lielbarde, S. A comparison of the UK and US approaches to the incorporation of a charterparty arbitration clause into bills of lading. *Journal of international maritime law* (Witney, Royaume-Uni) 17:4:291-304, 2011.

Llorente Gómez de Segura, C. Las Reglas de Rotterdam (II). *Cuadernos de derecho transnacional* (Madrid) 2:2:104-125, 2010.

Lootgieter, S. L'affréteur à temps qui n'a pas émis de connaissement à son en-tête peut-il être identifié comme transporteur? *Droit maritime français* (Paris) 64:733:103-110, 2012.

Martinek, M. The Rotterdam Rules: sinking ship or maiden voyage? *Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg* (Heidelberg, Allemagne) 3:419-434, 2010.

Møllmann, A. From bills of lading to transport documents: the role of transport documents under the Rotterdam Rules. *Journal of international maritime law* (Witney, Royaume-Uni) 17:1:50-57, 2011.

Mukherjee, P. K. et A. Basu Bal. The impact of the volume contract concept on the global community of shippers: the Rotterdam Rules in perspective. *Journal of international maritime law* (Witney, Royaume-Uni) 16:5:352-369, 2010.

Munari, F. et A. La Mattina. The Rotterdam Rules and their implications for environmental protection. *Journal of international maritime law* (Witney, Royaume-Uni) 16:5:370-379, 2010.

Myburgh, P. Uniformity or unilateralism in the law of carriage of goods by sea? *Victoria University of Wellington law review* (Wellington) 31:355-382, 2000.

Nations Unies. The Rotterdam Rules in relation to current low on multimodal transport contracts: note by The Netherlands and Poland. New York, Nations Unies, 2011. 4 p. Publication des Nations Unies, document publié [en anglais seulement] sous la cote ECE/TRANS/WP.24/2011/10.

Nikaki, T. Himalaya clauses and the Rotterdam Rules. *Journal of international maritime law* (Witney, Royaume-Uni) 17:1:20-40, 2011.

Ohara, Miyuka. 新国連国際海上運送条約のボリューム契約 : 小原三佑嘉. *Kokusai shoji homu* (Tokyo) 39:3:350-353, 2011. En japonais. Traduction du titre: Contrats de tonnage et dérogations dans les Règles de Rotterdam (2008).

Putzeys, J. RR versus CMR? In Free on board: liber amicorum Marc A. Huybrechts. K. Bernauw *et al.*, dir. publ., Anvers (Belgique), Intersentia, 2011. p. 469-484.

Røsæg, E. New procedures for bills of lading in the Rotterdam Rules. *Journal of international maritime law* (Witney, Royaume-Uni) 17:3:181-194, 2011.

Rotterdam Rules. *[CMI] Yearbook = Annuaire* (Anvers, Belgique) 125-198, 2010.

Schmitz, T. The bill of lading as a document of title. *Journal of international trade law and policy* (Bingley, Royaume-Uni) 10:3:255-280, 2011.

Stevens, Frank. Apportionment of damages under the Rotterdam Rules. *Journal of international maritime law* (Witney, Royaume-Uni) 17:5:343-359, 2011.

Teunissen, J. H. J. Arbitrage onder de Rotterdam Rules. *Tijdschrift voor arbitrage* (Alphen aan den Rijn, Pays-Bas) 1:30-34, 2011. Traduction du titre: L'arbitrage en vertu des Règles de Rotterdam (2008).

Todd, P. Maritime fraud and piracy. 2e éd., Londres, Lloyd's List, 2010. xxxiv, 329 p.

Ulfbeck, V. Contracts of logistics under the Rotterdam Rules. *Journal of international maritime law* (Witney, Royaume-Uni) 17:3:219-225, 2011.

Van der Ziel, G. The issue of transport documents and the documentary shipper under the Rotterdam Rules. *Shanghai international platform for maritime legal arbitration papers* (Shanghai) 2009.

Wood, D. An Australian perspective on the Rotterdam Rules. *Journal of international maritime law* (Witney, Royaume-Uni) 17:2:147-158, 2011.

Xu, Yan-ru. 浅析《鹿特丹规则》中的仲裁问题. *Annual of China Maritime Law* (Chine) 20:4:23-29, 2009. Traduction du titre: Les dispositions relatives à l'arbitrage dans les Règles de Rotterdam (2008).

Zhao, Yang. The new multimodal regime: the UNCITRAL Convention on the Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea. *European journal of commercial contract law* (Zutphen, Pays-Bas) 3:1:22-32, 2011.

Zwitser, R. Cash against mate's receipt under the Rotterdam Rules. *Journal of international maritime law* (Witney, Royaume-Uni) 16:5:380-396, 2010.

全部又は一部が海上運送による国際物品運送契約に関する国際連合条約 = United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea. Tokyo, Japanese Maritime Law Association, University of Tokyo Global COE Program, 2011. 53 p. Bitexte japonais-anglais.

## V. Paiements internationaux (y compris garanties indépendantes et lettres de crédit stand-by)

Affaki, G. et R. M. Goode. Guide to the ICC Uniform Rules for Demand Guarantees URDG 758. Paris, CCI, 2011. 511 p.

Díaz Moreno, Alberto. Las nuevas reglas uniformes de la CCI relativas a las garantías a primer requerimiento. *Revista de derecho bancario y bursátil* (Valladolid, Espagne) 124:7-55, 2011.

Mengenli, Ö. A. Has the "UN Convention on International Bills of Exchange and Promissory Notes" achieved its objective? *Ankara law review* (Ankara) 4:2:199-212, 2007.

Park, Kun-Seo. Non-documentary sales replacing letters of credit: effects of information technology, supply chain, and export credit insurance. Bloomington, Ind., s.n., 2011. 157 p.

# VI. Commerce électronique

Al-Dalalah, S. The legal procedures for authenticating electronic commerce contracts in the light of the Jordanian Electronic Transactions Law: a comparative study. *Business law review* (Alphen aan den Rijn, Pays-Bas) 32:7:179-185, 2011.

Asia Pacific Economic Cooperation (Organization). Supply chain connectivity: e-commerce as a main driver and integration tool, final report. Moscow, APEC, 2011. 177 p.

Baden, M. et L. E. Jeppesen. Cross-border e-commerce from a global perspective: the relation between international organisations and regulation and how they are applied in cross border e-commerce, with emphasis on patents and copyrights. Aarhus (Danemark), s.n., 2009. 129 p.

Blythe, S. E. On top of the world and wired: a critique of Nepal's e-commerce law. *Journal of high technology law* (Boston, Mass.) 8:1:1-55, 2008.

Brito Cunha Júnior, E. Os contratos eletrônicos e o novo código civil. *Revista CEJ* (Brasília) 19:62-77, 2002. En portugais. Traduction du titre: Contrats électroniques et le nouveau code civil.

Caprioli, E. A. Gestion des identités numériques: quel cadre juridique pour la confiance dans les communications électroniques internationales? *Revue du droit des technologies de l'information* (Bruxelles) 45:29-68, 2011.

Cárdenas, S. L. F. de, dir. publ., Contratación electrónica internacional: una mirada desde el derecho internacional privado. Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 2008. 538 p.

Cárdenas, S. L. F. de et L. B. Scotti. La convención sobre utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales: un avance hacia la armonización legislativa en materia de contratación electrónica. *Revista cientifica de UCES* (Buenos Aires) 11:1:59-89, 2007.

Castellani, L. G. The contribution of a uniform legislative framework for electronic transactions to promoting economic development in the Pacific. *Comparative law journal of the Pacific = Revue juridique polynésienne* (Faa'a, French Polynesia, France) 17:19-28, 2011.

Congo, P. Le droit du commerce électronique à l'épreuve du commerce mobile. *Revue du droit des technologies de l'information* (Bruxelles) 40:115-138, 2010.

Dahiyat, E. A. R. The legal recognition of electronic signatures in Jordan: some remarks on the Electronic Transactions Law. *Arab law quarterly* (Leiden, Pays-Bas) 25:3:297-309, 2011.

Damirovich, I. I. Правовое регулирование заключения договоров с использованием электронных средств связи. Актуальные проблемы науки и практики в современном мире, Москва, 1er septembre 2010-30 novembre 2010. Document de conférence. Traduction du titre: Cadre juridique de la signature de contrats avec utilisation des communications électroniques. Problèmes scientifiques actuels et pratique du monde moderne, Moscou, 1er septembre 2010-30 novembre 2010.

Deng, Ying-ying. 试论电子商务的发展对国际贸易法统一的影响. *Journal of Huaihua University* (Chine) 27:8:9-10, 2008. Traduction du titre: L'incidence du développement du commerce électronique sur l'unification du droit commercial international.

Dinu, I. Droit de la preuve appliqué au commerce électronique au Canada, droit civil/*common law*. *Lex electronica* (Montréal) 11:1:1-34, 2006.

Dwyer, B. R. The Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts: seeking clarity and uniformity in international electronic commerce. *New York international chapter news* (New York) 16:1:43-46, 2011.

Espagne. Ministère de l'éducation et de la science. Contratos electrónicos y contratos informáticos. *Revista de contratación electrónica* (Cadix, Espagne) 111, janvier 2011.

Fan, Jianhong et Yang Tao. Negotiable instruments, in particular bills of exchange in Macau, China. *Journal of international commercial law and technology,* 2:2:83-93, 2007.

Forder, J. The inadequate legislative response to e-signatures. *Computer law & security review* (Dorchester, Royaume-Uni) 26:4:418-426, 2010.

_____. The scorecard on contract formation and enforceability issues in web transactions. *International journal of private law* (Londres) 4:1:143-155, 2011.

Fu-ping, Gao. 电子通信公约在缔约国的适用:中国视角. *Journal of Jinan University* (Chine) 6:8-17, 2010. Traduction du titre: L'application de la Convention des Nations Unies sur les contrats électroniques (2005) dans ses États parties: le point de vue de la Chine.

Gautrais, V. Libres propos sur le droit des affaires électroniques. *Lex electronica* (Montréal) 10:3:1-29, 2006.

Goldby, M. A. The electronic replication of the bill of lading's functions: past failures, current trends, future developments. Londres, s.n., 2009. 265 p.

Gregory, J. D. Electronic real estate transactions. *Slaw* 4 mai 2011.

_____. Electronic transferable records. *Slaw* 1er mars 2011.

Habibzadeh, T. An overview on electronic signatures: a comparison of the UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures and English law. S.l., teclaw.ir, 2009. 63 p.

_____. The rules governing offer and acceptance in electronic contracts compared with paper-based ones: to what exten[t] are they different? A comparative study on the UNCITRAL rules, American law, English law and Iranian law. S.l., teclaw.ir, 2010. 21 p.

Hernández Fernández, L. Consideraciones teóricas acerca del momento y lugar de perfección del contrato concertado vía electrónica. *Universitas jurídica* (Bogotá) 107:101-135, 2004.

Hernández Martínez, W. D. La contratación por medios electrónicos en el marco de la Comunidad Andina: estado del arte = The electronic procurement in the framework of the Andean Community: state of the art. *Civilizar* (Bogotá) 9:17:89-115, 2009. En espagnol, avec un résumé en anglais.

Hofman, J. The moving finger: SMS, on-line communication and on-line disinhibition. *Digital evidence and electronic signature law review* (Bedfordshire, Royaume-Uni) 8:179-183, 2011.

Jobodwana, N. Z. E-commerce and mobile commerce in South Africa: regulatory challenges. *Journal of international commercial law and technology* 4:4:287-298, 2009.

Kahn, R. E. et P. A. Lyons. Representing value as digital objects: a discussion of transferability and anonymity. *Journal on telecommunications and high technology law* (Boulder, Colo.) 5:189-198, 2006.

Kilian, W. The UN-Convention on the Use of E-Communications in International Contracts: applicability, scope and potential impact of the emerging pendant to CISG. *Computer law review international* (Cologne, Allemagne) 4:101-106, 2007.

Konvencija Ujedinjenih nacija o upotrebi elektronskih komunikacija u međunarodnim ugovorima. [S.l., s.n.], 2011. 19 p. Traduction de la Convention des Nations Unies sur les contrats électroniques (2005). En serbe.

Kuczerawy, A. et W. Kilian. United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts. *CBKE e-biulety* (Wrocław, Pologne) 1:2007.

Leng, Ter Kah. Have you signed your electronic contract? *Computer law & security review* (Dorchester, Royaume-Uni) 27:1:75-82, 2011.

Li, Grace. What we know and what we do not know: the legal challenges for international commercial contract formation in a pervasive computing environment. *International journal of private law* (Londres) 4:2:252-265, 2011.

López Varas, M. Regulación jurídica de la contratación electrónica en el Código Civil Federal. Mexique, D.F., Instituto de Transparencia y Acceso a la Información, 2010. 142 p.

Madrid Parra, A. Los contratos electrónicos y los contratos informáticos. In Memorias: DC II, congreso internacional de derecho comercial, presente y futuro del derecho comercial, Bogotá, 5 et 6 mai 2010. Bogotá, Colegio de Abogados Comercialistas, 2010. p. 183 à 216.

Magalhães Martins, G. CDC e o comércio eletrônico. *Carta forense* (São Paulo, Brésil) 2 mars 2011. En portugais. Traduction du titre: La loi sur la protection des consommateurs et le commerce électronique.

Maitlamo: Botswana's national ICT policy, legislative framework and change report. S.l., s.n., 2004. 58 p.

Malek, R. J. Electronic commerce in international trade law: especially under the UN Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts 2005 and under the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods 1980. Le Cap, Afrique du Sud, s.n., 2007. 94 p.

Mik, E. Some technological implications for ascertaining the contents of contracts in web-based transactions. *Computer law & security review* 27:368-376, 2011.

Muñoz, E. Modern law of contracts and sales in Latin America, Spain and Portugal. La Haye, Eleven International Publishing, 2011. 558 p.

Nanakorn, Pinai. Electronic transactions law in Thailand. *Thammasat review* (Pathumtani, Thaïlande) 7:1:52-85, 2002.

Nations Unies. Legal implications of e-commerce: basic issues, initiatives and experiences in Asia. Bangkok, Nations Unies, 2007. 11 p. Publication des Nations Unies, Division du commerce et de l'investissement, document de travail 02/07.

Navarro, J.-L. et Guy Lefebvre, dir. publ., L'acculturation en droit des affaires. Montréal, Éditions Thémis, 2007. 650 p.

Oh, Se-Chang. 전자통신협약의 해설 – CUECIC에 관한 Explanatory Note를 중심으로. S.l., 두남, 2009. 264 p. En coréen. Traduction du titre: Note explicative sur la Convention des Nations Unies sur les contrats électroniques (2005).

Oh, Se-Chang et Sung-Ho Park. 무역계약의 기초(CISG CUECIC PICC를 중심으로) = Principle of trade contracts, CISG CUECIC PICC. S.l., 두남, 2009. 613 p. En coréen.

Owusu-Darko, K. A. E-mail contracting and the Electronic Transactions Act 2008 (ACT 772): has Ghana got it right? *Ghana internet law review* (Ghana) 4, 2011.

Papouasie-Nouvelle-Guinée. Constitutional and Law Reform Commission. Review of proof of business and electronic records: issues paper 4, juin 2009. Port Moresby, CLRC, 2009. 64 p.

Parra Rodríguez, C. La regulación jurídica internacional del comercio electrónico. In Derecho Internacional Económico y de las inversiones internacionales. J. L. Collantes González, B. de la Vega Justribó, dir. publ., Lima (Espagne), Palestra Editores, 2009. v. 2. p. 13-38.

Qazi, Z. et M. E. Wojcik. A new UN convention on e-contracts. *International law news* (Washington) 35:2, printemps 2006.

Rakić-Vodinelić, V. et G. Knežević, dir. publ., Liber amicorum Dobrosav Mitrović. Belgrade, Glasnik, 2007. 743 p.

Ratti, M. Drafting a law on the use of electronic communications. Bologne (Italie), s.n., 2011. 150 p.

Relvas, M. O contrato eletrônico nas relações comerciais e de consumo. *Universo jurídico* (Juiz de Fora, Brésil) 11, 29 janvier 2002. En portugais. Traduction du titre: Le contrat électronique dans les opérations commerciales et les opérations de consommateurs.

Rojas Amandi, V. M. Regulación del comercio electrónico en México. *Jurídica* (Mexique) 30:385-409, 2000.

Santos, B. *et al.* Convenção das Nações Unidas Sobre o Uso de Comunicações Eletrônicas nos Contratos Internacionais. Rio de Janeiro, Brésil, CISG-Brasil.Net, 2011. 14 p. Traduction de la Convention des Nations Unies sur les contrats électroniques (2005). En portugais.

Souza, V. R. P. de. Realidade e perspectivas legislativas quanto à assinatura digital. *Âmbito jurídico* (Rio Grande, Brésil) 67, 1er août 2009. En portugais. Traduction du titre: La réalité et les perspectives législatives concernant la signature numérique.

Srivastava, A. Is the pen mightier than the electronic signature?: the Australian businesses' perspective. Melbourne (Australie), s.n., 2008. xvi, 315 p.

_____. Resistence to change: six reasons why businesses don't use e-signatures. *Electronic commerce research* 23 juin 2011.

Wang, Faye Fangfei. Law of electronic commercial transactions: contemporary issues in the EU, US, and China. Londres, Routledge, 2010. 270 p.

_____. Obstacles and solutions to internet jurisdiction: a comparative analysis of the EU and US laws. *Journal of international commercial law and technology* 3:4:233-241, 2008.

Wu, Yinglin. 《国际合同使用电子通信公约》述评. *Legal system and society* (Chine) 12:69, 2009. Traduction du titre: La Convention des Nations Unies sur les contrats électroniques (2005).

Zeng, Guan. 国际电子合同法的统一: 《国际合同使用电子通信公约》评析. *Zheng Fa Lun Cong* (Chine) 1:81-86, 2007. Traduction du titre: L'unification du droit des contrats électroniques internationaux: examen de la Convention des Nations Unies sur les contrats électroniques (2005).

Zhou, Yu-rong.
国际电子合同的形式要求探析——
兼评《国际合同使用电子通信公约》第9条. *Journal of Chongqing Jiaotong University (social sciences edition)* (Chine) 8:1:34-36, 2008. Traduction du titre: Étude sur les conditions de forme des contrats électroniques internationaux et commentaire sur l'article 9 de la Convention des Nations Unies sur les contrats électroniques (2005).

# VII. Sûretés (y compris financements par cession de créances)

Akseli, N. O. International secured transactions law: facilitation of credit and international conventions and instruments. Londres, Routledge, 2011. 311 p.

Bazinas, S. V. Acquisition financing under the UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions. *Uniform law review = Revue de droit uniforme* (Rome) 16:1/2:483-504, 2011.

_____. Intellectual property financing under the Supplement to the UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions. *Uniform commercial code law journal* (St. Paul, Minn.) 43:2:601-635, 2011.

_____. Law applicable to security rights in movable assets under the UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions. *Banking and financial services policy report* (New York) 30:6:7-22, juin 2011.

_____. Uniform receivables financing law: key policy aspects of the United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade. *Revue hellénique de droit international = Hellenic review of international law* (Athènes) 64:1:27-57, 2011.

_____. Право, применимое к обеспечительным правам на движимое имущество в соответствии с Руководством ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по обеспеченным сделкам. *Вестник международного коммерческого арбитража* (Moscou) 2(4):[115]-139, 2011. En russe, avec résumé en anglais. Traduction du titre: Loi applicable aux sûretés réelles mobilières sur des biens meubles en vertu du Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties.

Dubovec, M. A guide to a successful adoption and implementation of the Organization of American States Model Law on Secured Transactions and Registry Regulations in Honduras: the National Law Center experience. *Uniform commercial code law journal* (St. Paul, Minn.) 43:4:825-860, 2011.

Kettering, K. C. Harmonizing choice of law in article 9 with emerging international norms. *Gonzaga law review* (Spokane, Wash.) 46:2:235-296, 2011.

Kronke, H. Financial leasing and its unification by UNIDROIT: general report. *Uniform law review = Revue de droit uniforme* (Rome) 16:1/2:23-44, 2011.

McCormack, G. American private law writ large?: the UNCITRAL Secured Transactions Guide. *International and comparative law quarterly* (Londres) 60:597-625, 2011.

_____. Secured credit and the harmonisation of law: the UNCITRAL experience. Cheltenham, Royaume-Uni, Edward Elgar, 2011. 201 p.

_____. Universalising the American: secured credit and UNCITRAL. *ExpressO* avril 2010.

Møllmann, A. Security assignment of debts and the conflict of laws. *Lloyd's maritime and commercial law quarterly* (Londres) 2:262-274, 2011.

Morán Bovio, D. Elementos de conexión (y grado de aplicación) en CARIT (Convention on Assignment of Receivables in International Trade): supuestos

mínimos. In Estudios de derecho mercado financiero: homenaje al profesor Vicente Cuñat Edo. F. González Castilla, R. Marimón Durá et J. I. Ruiz Peris, dir. publ., Valence (Espagne), Université de Valence, 2011. p. 407 à 424.

_____. La cesión de créditos en CARIT: preámbulo y título. In Estudios de derecho mercantil: homenaje al Profesor Aníbal Sánchez Andrés. J. C. Sáenz García de Albizu, F. Oleo Banet et A. Martínez Flórez, dir. publ., Cizur Menor, Espagne, Civitas, 2010. p. 1395 à 1423.

Nations Unies. Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties: supplément sur les sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles. New York, Nations Unies, 2011. 168 p. Publié dans toutes les langues officielles de l'Organisation des Nations Unies.

Rogers, J. E. et R. Rangel. Mexico's unified secured transactions registry: implications for secured lending, bankruptcy and cross-border filings (U.C.C. § 9-307). *Uniform commercial code law journal* (St. Paul, Minn.) 43:4:861-875, 2011.

Schwarcz, S. L. Helping microfinance become commercially sustainable. *Gonzaga law review* (Spokane, Wash.) 46:2:495-502, 2011.

Son, Seong Woo *et al.* 지식재산 담보권에 관한 UNCITRAL 담보거래 입법지침 부속서: United Nations Commission on International Trade Law. Séoul, Ministère de la justice, République de Corée, 2011. 318 p. En coréen. Traduction du titre: Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties: supplément sur les sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles.

Stumbles, John G. H. Personal property security law in Australia and Canada: a comparison. *Canadian business law journal = Revue canadienne du droit de commerce* (Toronto, Ont.) 51:3:425-446, 2011.

Tosato, A. Security interests over intellectual property. *Journal of intellectual property law & practice* (Oxford) 6:2:93-104, 2011.

UNCITRAL, IP and security interests. *IP finance* 23 juin 2011.

Veneziano, A. A secured transactions regime for Europe: treatment of acquisition finance devices and creditor's enforcement rights. *Juridica international* (Tartu, Estonie) 14:89-95, 2008.

Zenyakina, A. G. Обеспечение исполнения обязательств по международным коммерческим сделкам как объект правовой унификации. *Московского журнала международного права = Moscow journal of international law* (Москва) 3:83:127-140, 2011. Traduction du titre: Garantir l'exécution des obligations dans le cadre des opérations commerciales internationales aux fins de l'unification du droit.

# VIII. Passation des marchés

Arrowsmith, S. Public procurement: an introduction. Nottingham, Royaume-Uni, EU Asia University Network for Teaching and Research in Public Procurement Regulation, 2010. 204 p.

Arrowsmith, S. et Robert D Anderson, dir. publ., The WTO regime on government procurement: challenge and reform. Cambridge (Royaume-Uni), Cambridge University Press, 2011. 858 p.

Cao, Fuguo et Fen Zhou.
关于联合国《采购示范法》中有关公共政策条文修订的观察与思考. *China government procurement* (Chine) 4:71-74, 2010. Traduction du titre: Les dispositions révisées sur l'ordre public concernant la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics (2011).

Cox, T. M. Should the United States incorporate the Procurement Integrity Act into its free trade agreements?: a look at the Australian-United States Free Trade Agreement. *Southwestern journal of international law* (Los Angeles, Calif.) 17:1:111, 2011.

He, Hongfei et Jie Wang. 联合国《采购示范法》草案中的框架协议. *China government procurement* (Chine) 2:68-69, 2010. Traduction du titre: Le projet d'accord-cadre dans la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics (2011).

Hernández Martínez, W. D. La contratación por medios electrónicos en el marco de la Comunidad Andina: estado del arte = The electronic procurement in the framework of the Andean Community: state of the art. *Civilizar* (Bogota) 9:17:89-115, 2009.

Nicholas, C. A critical evaluation of the revised UNCITRAL Model Law provisions on regulating framework agreements. *Public procurement law review* (Londres) 21:2:19-46, 2012.

Racca, G. M. *et al.* Competition in the execution phase of public procurement. *Public contract law journal* (Washington) 41:1:89-108, 2011.

Rivolta, M. et M. Bugoni. Compras gubernamentales electrónicas: panorama nacional e internacional. Buenos Aires, Observatorio de Políticas Públicas, 2007. 51 p. Cat. OPP/CAG/2007-38.

Verma, S. Towards transparency in public procurement. *Business standard* (New Delhi) 21 août 2011.

Wu, Hui. 从国际法视角看《贸易法委员会公共采购示范法》的性质和作用. *China government procurement* (Chine) 10:76-80, 2009. Traduction du titre: La nature et le rôle de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés (1994).

# IX. Insolvabilité

Altman, J. A test case in international bankruptcy protocols: the Lehman Brothers insolvency. *San Diego international law journal* (San Diego, Calif.) 12:463-495, 2011.

Arora, A. The global financial crisis: global regulatory order? *Journal of business law* (Londres) 8:670-699, 2010.

Arsenault, S. J. Leaping over the great wall: examining cross-border insolvency in China under the Chinese corporate bankruptcy law. *Indiana international & comparative law review* (Indianapolis, Ind.) 21:1, 2011.

Atkins, S. Test driving the Model Law on Cross-Border Insolvency in Australia: a map of the journey so far. *INSOL world* (Londres) premier trimestre 2011, p. 33 à 35.

Barłowski, M. Practical problems in applying Regulation 1346/2000. *International corporate rescue* (Hertfordshire, Royaume-Uni) 8:3:172-175, 2011.

Barnes, T. A. Notice, due process and the public policy exception to Chapter 15 relief in the United States. *INSOL world* (Londres) quatrième trimestre 2011, p. 23 à 25.

Baudenbacher, C., dir. publ., International dispute resolution, volume 2: dialogue between courts in times of globalization and regionalization. Stuttgart (Allemagne), German Law Publishers, 2010. 229 p.

Calme, S. La réserve de propriété de droit français et de droit allemand dans le contexte européen: une contribution au droit international de l'insolvabilité. Frankfurt am Main, Peter Lang, 2011. 206 p.

Chan Ho, Look. Recognising foreign insolvency discharge and stare decisis. *Journal of international banking law and regulation* (Londres) 26:6:266-275, 2011.

Clark, L. M. et K. Goldstein. Sacred cows: how to care for secured creditors' rights in cross-border bankruptcies. *Texas international law journal* (Austin, Tex.) 46:3:513-558, 2011.

Clift, J. Developing an international regime for transnational corporations: the importance of insolvency law to sustainable recovery and development. *Transnational corporations* (Genève) 20:1:117-144, 2011.

_____. The UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency: the judicial perspective. *INSOL world* (Londres) quatrième trimestre 2011, p. 8.

Ferrer Montenegro, A. The status of foreign creditors in insolvency proceedings in Uruguay. *INSOL world* (Londres) quatrième trimestre 2011, p. 14 et 15.

Fletcher, I. "L'enfer c'est les autres": evolving approaches to the treatment of security rights in cross-border insolvency. *Texas international law journal* (Austin, Tex.) 46:3:489-512, 2011.

Garrido, J. M. No two snowflakes the same: the distributional question in international bankruptcies. *Texas international law journal* (Austin, Tex.) 46:3:459-488, 2011.

Gebhart, I. et Zhu Shaoping. 中华人民共和国破产法: 立法进程资料汇编 = The bankruptcy law of the People's Republic of China: materials on the drafting process 2000. Beijing, CITIC Publishing House, 2004. 539 p.

Goode, R. M. Principles of corporate insolvency law. 4e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2011. 835 p.

Gropper, A. L. The payment of priority claims in cross-border insolvency cases. *Texas international law journal* (Austin, Tex.) 46:3:559-577, 2011.

Hollander, E. C. et R. A. Graham. US Bankruptcy Court rules on extraterritorial scope of automatic stay arising upon recognition of foreign main proceedings. *International corporate rescue* (Hertfordshire, Royaume-Uni) 8:5:368-374, 2011.

Hood, N. Reflections on four amazing years for the world economy and INSOL World. *INSOL world* (Londres) premier trimestre 2012, p. 13 et 14.

Insolvencia internacional. *DeCITA* (Buenos Aires) 11:9-506, 2009.

Janger, E. J. Reciprocal comity. *Texas international law journal* (Austin, Tex.) 46:3:441-458, 2011.

Kim, Young Ju. An economic analysis of Korean international insolvency regime. *Sungkyunkwan journal of science & technology law* (Séoul) 4:1:55-66, 2010.

Lastra, R. M., dir. publ., Cross-border bank insolvency. Oxford, Oxford University Press, 2011. xl, 489 p.

Leonard, B., dir. publ., Norton annual review of international insolvency, édition 2011. Eagan, Minn., West, 2011. 424 p.

Malkawi, B. H. The inter-relationship between intellectual property and international insolvency. *International insolvency review* (Chichester, Royaume-Uni) 19:1:1-22, 2010.

Martin, R. C. You say you're a foreign representative?: prove it. *International corporate rescue* (Hertfordshire, Royaume-Uni) 8:2:143-148, 2011.

Mason, R. *et al.* The emerging framework of cross-border insolvency in and around Australia: Saad Investments, Japan Airlines and Lehman Brothers – Part one. *International corporate rescue* (Hertfordshire, Royaume-Uni) 8:4:262-267, 2011.

_____. The emerging framework of cross-border insolvency in and around Australia: Saad Investments, Japan Airlines and Lehman Brothers – Part Two. *International corporate rescue* (Hertfordshire, Royaume-Uni) 8:5:329-339, 2011.

Mazzoni, A. Cross-border insolvency of multinational groups of companies: proposals for an European approach in the light of the UNCITRAL approach. *Diritto del commercio internazionale* (Gènes, Italie) 24:4:755-770, 2010.

McCormack, G. COMI and COMITY in UK and US insolvency law. *Law quarterly review* (Londres) 128:140-159, 2012.

_____. Secured credit and the harmonisation of law: the UNCITRAL experience. Cheltenham, Royaume-Uni, Edward Elgar, 2011. 201 p.

McKenzie Skene, D. The composition of the debtor's estate on insolvency: a comparative study of exemptions. *International insolvency review* (Chichester, Royaume-Uni) 20:1:29-55, 2011.

Mevorach, I. European insolvency law in a global context. *Journal of business law* (Londres) 7:666-681, 2011.

Miguens, H. J. The insolvent subsidiary and liability of the parent corporation in the USA, Argentina, and UNCITRAL. *International insolvency review* (Chichester, Royaume-Uni) 19:3:239-253, 2010.

Omar, P. J. Cross-border assistance in insolvency under Jersey law. *International insolvency review* (Chichester, Royaume-Uni) 20:2:107-129, 2011.

_____. Disclaiming onerous property in insolvency: a comparative study. *International insolvency review* (Chichester, Royaume-Uni) 19:1:41-63, 2010.

_____. The UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency: interaction with the English courts. *International corporate rescue* (Londres) 7:2:109-117, 2010.

Pilkington, C. et K. Heverin. Schemes of arrangement in cross-border restructurings: issues of jurisdiction and recognition. *International corporate rescue* (Hertfordshire, Royaume-Uni) 8:2:89-92, 2011.

Pottow, J. A. E. A new role for secondary proceedings in international bankruptcies. *Texas international law journal* (Austin, Tex.) 46:3:579-599, 2011.

Ragan, A. C. C. COMI strikes a discordant note: why U.S. courts are not in complete harmony despite chapter 15 directives. *Emory bankruptcy developments journal* (Atlanta, Ga.) 27:117-168, 2010.

Römer, F. Arbitration and insolvency: a matter of capacity? *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Vienne) 15:1:65-90, 2011.

Sarra, J. Financing insolvency restructurings in the wake of the financial crisis: stalking horses, rogue white knights and circling vultures. *Penn State international law review* (Carlisle, Pa.) 29:581-609, 2011.

Schmidt, K. Konsolidierte Insolvenzabwicklung?: Vergleichende Überlegungen über GmbH & Co.-Insolvenzen und Konzerninsolvenzen. *KTS Zeitschrift für Insolvenzrecht* (Cologne) 72:2:161-184, 2011. Traduction du titre: Procédure d'insolvabilité consolidée?

Spigelman, J. J. Cross-border insolvency: cooperation or conflict? *Australian law journal* (Pyrmont, N.S.W.) 83:1:44-55, 2009.

Thorp, A. et C. Robey. Choice locations. *The lawyer* (Londres) 18 juillet 2011.

Tollenaar, N. W. A. Dealing with the insolvency of multi-national groups under the European Insolvency Regulation. *Insolvency intelligence* (Londres) 23:5:65-73, 2010.

Uzal, M. E. Enterprise groups in Argentine insolvency law and the UNCITRAL Model Law. *INSOL world* (Londres), quatrième trimestre 2011, p. 18 à 21.

Verrill, J. Principle of assistance in cross-border insolvency cases. *INSOL world* (Londres) 16-18, quatrième trimestre 2010.

Verweij, A. et B. Wessels, dir. publ., Comparative and international insolvency law: central themes and thoughts. Nottingham (Royaume-Uni), INSOL Europe, 2010. 87 p.

Walter, D. Changing COMI for a creditors scheme: applying WIND Hellas in Australia? *International corporate rescue* (Hertfordshire, Royaume-Uni) 8:6:427-432, 2011.

Wessels, B. Harmonization of insolvency law in Europe. *European company law* (Alphen aan den Rijn, Pays-Bas) 8:1:27-31, 2011.

Wilches Durán, R. E. La insolvencia transfronteriza en el derecho colombiano. *Revista de derecho* (Barranquilla, Columbie) 32:162-198, 2009. En espagnol, avec résumé en anglais. Traduction du titre: L'insolvabilité internationale en droit colombien.

Yang, Liang-yi. 破产或债务重整下的止诉禁令. *Annual of China maritime law* (Chine) 21:2:92-99, 2010. Traduction du titre: Les injonctions antipoursuites en cas d'insolvabilité ou de redressement.

Zhang, Haizheng et Ran Gao. An analysis of cross-border insolvency in China's new bankruptcy law: a big step forward. *International corporate rescue* (Hertfordshire, Royaume-Uni) 8:2:93-101, 2011.

Zhu, Ya. 跨境破产国际协调机制探析. *Lan zhou xue kan* (Chine) 11:182:128-130, 2008. Traduction du titre: Mécanismes de coordination internationale des procédures d'insolvabilité internationale.

## X. Contrats internationaux de construction

[*Aucune publication n'a été recensée sous cette rubrique*.]

## XI. Échanges internationaux compensés

Horowitz, A. J. Revisiting barter under the CISG. *Journal of law and commerce* (Pittsburgh, Pa.) 29:1:99-115, 2010.

Nackman, M. J. A critical examination of offsets in international defense procurements: policy options for the United States. *Public contract law journal* (Washington) 40:511-529, 2011.

## XII. Projets d'infrastructure à financement privé

[*Aucune publication n'a été recensée sous cette rubrique*.]

## XIII. Règlement des litiges en ligne

Abdel Wahab, M. S. *et al.*, dir. publ., Online dispute resolution: theory and practice: a treatise on technology and dispute resolution. La Haye, Eleven International Publishing, 2012. xxviii, 571 p.

Alqudah, M. A. Enforceability of arbitration clauses in online business-to-consumer contracts. *Journal of international arbitration* (Alphen aan den Rijn, Pays-Bas) 28:1:67-79, 2011.

Bowers, M. G. Implementing an online dispute resolution scheme: using domain name registration contracts to create a workable framework. *Vanderbilt law review* (Nashville, Tenn.) 64:1265-1309, 2011.

Chong, Kah Wei. Online dispute resolution in cross-jurisdictional consumer electronic commerce transactions. Cambridge, Mass., Harvard Law School, 2001. 87 p.

Cooper, S. *et al.* From lex mercatoria to online dispute resolution: lessons from history in building cross-border redress systems. *Uniform commercial code law journal* (St. Paul, Minn.) 43:3:749-771, 2011.

Dahiyat, E. A. R. Online commercial arbitration in Jordan: prospects and challenges. *Business law review* (Alphen aan den Rijn, Pays-Bas) 32:12:330-338, 2011.

Hayakawa, Yoshihisa. UNCITRAL online dispute resolution working group. *JCA ジャーナル = JCA journal* (Tokyo) 58:7:2-10, juillet 2011. En japonais.

Madrid Parra, A. Electronificación del arbitraje = The electronification of the arbitration. *Revista internacional de estudios de derecho procesal y arbitraje* (Madrid) 2:1-27, 2011.

Muñoz-López, J. E. Internet conflict of laws: a space of opportunities for ODR. *Revista Colombiana de derecho internacional* (Bogota) 14:163-190, 2009.

Schultz, T. Online arbitration: binding or non-binding? *ADRonline monthly* (Amherst, Mass.) novembre 2002.

Slongo, Doris. Online dispute resolution: ADR im e-commerce. Zurich, s.n., 2010. 63 p. Diplomarbeit (LL.M.) – Université de Zurich, 2010.

Wang, Faye Fangfei. Law of electronic commercial transactions: contemporary issues in the EU, US, and China. Londres, Routledge, 2010. 270 p.

# Annexe

## Liste des titres abrégés cités dans la présente bibliographie et des titres complets des textes juridiques de la CNUDCI

| *Titre abrégé* | *Titre complet* |
|---|---|
| CVIM (1980) | Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (1980)[a] |
| Règles de Hambourg (1978) | Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, 1978 (Hambourg)[b] |
| Convention sur la prescription (1974/80) | Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises, 1974 (New York)[c], et Protocole modifiant la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises, 1980 (Vienne)[d] |
| Convention de New York (1958) | Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, 1958 (New York)[e, f] |
| Règles de Rotterdam (2008) | Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer, 2008 (New York)[g] |
| Aide-mémoire de la CNUDCI sur les procédures arbitrales (1996) | Aide-mémoire de la CNUDCI sur l'organisation des procédures arbitrales (1996)[h] |
| Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage (1985) | Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985)[i] |
| Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage (telle qu'amendée en 2006) | Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985) avec les amendements adoptés en 2006[j] |
| Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (1976) | Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (1976)[k] |
| Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (révisé en 2010) | Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (révisé en 2010)[l] |
| Loi type de la CNUDCI sur la conciliation (2002) | Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale (2002)[m] |
| Règlement de conciliation de la CNUDCI (1980) | Règlement de conciliation de la CNUDCI (1980)[n] |
| Loi type de la CNUDCI sur les virements (1992) | Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux (1992)[o] |
| Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité (2004) | Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité (2004)[p] |
| Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité (1997) | Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (1997)[q] |
| Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996) | Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996)[r] |
| Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques (2001) | Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques (2001)[s] |

| *Titre abrégé* | *Titre complet* |
|---|---|
| Guide pratique de la CNUDCI sur l'insolvabilité (2009) | Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale (2009)[t] |
| 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)[u] |
| Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics (2011) | Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics (2011)[v] |
| Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties (2007) | Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties (2007)[w] |
| Convention des Nations Unies sur les contrats électroniques (2005) | Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux (2005)[x] |
| Convention des Nations Unies sur les garanties et les lettres de crédit stand-by (1995) | Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by (1995)[y] |

[a] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1489, n° 25567, p. 3.
[b] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1695, n° 29215, p. 3.
[c] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1511, n° 26119, p. 3.
[d] *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, Vienne, 10 mars-11 avril 1980* (Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.81.IV.3), première partie, p. 191.
[e] La Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958 (New York) a été adoptée avant la création de la Commission et la Commission est chargée des activités de promotion de la Convention et des activités connexes.
[f] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 330, n° 4739, p. 3.
[g] Résolution 63/122 de l'Assemblée générale, annexe.
[h] *Annuaire de la CNUDCI*, vol. XXVII: 1996, troisième partie, annexe II.
[i] *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarantième session, Supplément n° 17* (A/40/17), annexe I.
[j] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.08.V.4
[k] *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente et unième session, Supplément n° 17* (A/31/17), par. 57.
[l] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), annexe I.
[m] Résolution 57/18 de l'Assemblée générale, annexe.
[n] *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-cinquième session, Supplément n° 17* (A/35/17), chap. V, sect. A, par. 106.
[o] *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-septième session, Supplément n° 17* (A/47/17), annexe I.
[p] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.05.V.10.
[q] Résolution 52/158 de l'Assemblée générale, annexe.
[r] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.4.
[s] Résolution 56/80 de l'Assemblée générale, annexe.
[t] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.10.V.6.
[u] *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, Supplément n° 17* et rectificatif (A/49/17 et Corr.1), annexe I.
[v] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième Session, Supplément n° 17* (A/66/17), annexe I.
[w] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.09.V.12.
[x] Résolution 60/21 de l'Assemblée générale, annexe.
[y] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2169, n° 38030, p. 163.

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

| *Cote* | *Titre ou description* | *Emplacement dans le présent volume* |
|---|---|---|
| | **A. Liste des documents dont était saisie la Commission à sa quarante-cinquième session** | |
| | ***1. Documents à distribution générale*** | |
| A/CN.9/735 et Add.1 | Ordre du jour provisoire annoté et calendrier des séances de la quarante-cinquième session | Non reproduit |
| A/CN.9/736 | Rapport du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) sur les travaux de sa cinquante-cinquième session (Vienne, 3-7 octobre 2011) | Deuxième partie, chap. I, A |
| A/CN.9/737 | Rapport du Groupe de travail IV (Commerce électronique) sur les travaux de sa quarante-cinquième session (Vienne, 10-14 octobre 2011) | Deuxième partie, chap. II, A |
| A/CN.9/738 | Rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de sa quarantième session (Vienne, 31 octobre-4 novembre 2011) | Deuxième partie, chap. III, A |
| A/CN.9/739 | Rapport du Groupe de travail III (Règlement des litiges en ligne) sur les travaux de sa vingt-quatrième session (Vienne, 14-18 novembre 2011) | Deuxième partie, chap. IV, A |
| A/CN.9/740 | Rapport du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de sa vingtième session (Vienne, 12-16 décembre 2011) | Deuxième partie, chap. V, A |
| A/CN.9/741 | Rapport du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) sur les travaux de sa cinquante-sixième session (New York, 6-10 février 2012) | Deuxième partie, chap. I, D |
| A/CN.9/742 | Rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de sa quarante et unième session (New York, 30 avril-4 mai 2012) | Deuxième partie, chap. III, E |
| A/CN.9/743 | Rapport du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de sa vingt et unième session (New York, 14-18 mai 2012) | Deuxième partie, chap. V, C |
| A/CN.9/744 | Rapport du Groupe de travail III (Règlement des litiges en ligne) sur les travaux de sa vingt-cinquième session (New York, 21-25 mai 2012) | Deuxième partie, chap. IV, D |
| A/CN.9/745 | Rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa vingt et unième session (New York, 16-20 avril 2012) | Deuxième partie, chap. VI, A |

| *Cote* | *Titre ou description* | *Emplacement dans le présent volume* |
|---|---|---|
| A/CN.9/746 et Add.1 | Règlement des litiges commerciaux: 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 révisé en 2010 | Deuxième partie, chap. I, G |
| A/CN.9/747 et Add.1 | Règlement des litiges commerciaux: 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 révisé en 2010 – compilation des commentaires reçus des gouvernements | Deuxième partie, chap. I, H |
| A/CN.9/748 | Promotion des moyens visant à assurer l'interprétation et l'application uniformes des textes juridiques de la CNUDCI | Non reproduit |
| A/CN.9/749 | Activités de coordination | Deuxième partie, chap. XI |
| A/CN.9/750 | Bibliographie des écrits récents ayant trait aux travaux de la CNUDCI | Troisième partie, chap. II |
| A/CN.9/751 | État des conventions et des lois types | Deuxième partie, chap. X |
| A/CN.9/752 et Add.1 | Une orientation stratégique pour la CNUDCI | Non reproduit |
| A/CN.9/753 | Coopération et assistance techniques | Deuxième partie, chap. IX |
| A/CN.9/754 et Add.1 à 3 | Guide révisé pour l'incorporation qui accompagnera la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics | Non reproduit |
| A/CN.9/755 | Passation de marchés et développement des infrastructures: travaux futurs possibles | Deuxième partie, chap. VII, A |
| A/CN.9/756 | Questions juridiques ayant une incidence dans le domaine de la microfinance | Deuxième partie, chap. VII, B |
| A/CN.9/757 | Questions juridiques ayant une incidence dans le domaine de la microfinance – observations formulées par la Section internationale de l'Association of the Bar of the State of New York | Deuxième partie, chap. VII, C |
| A/CN.9/758 | Travaux futurs envisageables dans le domaine du droit international des contrats – proposition de la Suisse sur les travaux futurs envisageables de la CNUDCI dans le domaine du droit international des contrats | Deuxième partie, chap. VII, D |

| *Cote* | *Titre ou description* | *Emplacement dans le présent volume* |
|---|---|---|
| | ***2. Documents à distribution restreinte*** | |
| A/CN.9/XLV/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-cinquième session | Non reproduit |
| A/CN.9/XLV/CRP.2 | Finalisation et adoption d'un Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics | Non reproduit |
| A/CN.9/XLV/CRP.3 | Projet de décision portant adoption des 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 (révisé en 2010) | Non reproduit |
| | ***3. Documents d'information*** | |
| A/CN.9/XLV/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-cinquième session** | |
| | ***1. Documents de travail*** | |
| A/CN.9/WG.II/WP.165 | Ordre du jour provisoire annoté | Non reproduit |
| A/CN.9/WG.II/WP.166 et Add.1 | Note du Secrétariat concernant le règlement des litiges commerciaux: élaboration d'une norme juridique sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités, soumise au Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) à sa cinquante-cinquième session | Deuxième partie, chap. I, B |
| A/CN.9/WG.II/WP.167 | Note du Secrétariat concernant le règlement des litiges commerciaux: transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités – commentaires du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), soumise au Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) à sa cinquante-cinquième session | Deuxième partie, chap. I, C |
| | ***2. Documents à distribution restreinte*** | |
| A/CN.9/WG.II/LV/CRP.1 et Add.1 à 4 | Projet de rapport du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) sur les travaux de sa cinquante-cinquième session | Non reproduit |
| | ***3. Documents d'information*** | |
| A/CN.9/WG.II/LV/INF.1/ Rev.1 | Liste de participants | Non reproduit |

| *Cote* | *Titre ou description* | *Emplacement dans le présent volume* |
|---|---|---|
| | **C. Liste des documents dont était saisi le Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) à sa cinquante-sixième session** | |
| | ***1. Documents de travail*** | |
| A/CN.9/WG.II/WP.168 | Ordre du jour provisoire annoté | Non reproduit |
| A/CN.9/WG.II/WP.169 et Add.1 | Note du Secrétariat concernant le règlement des litiges commerciaux: élaboration d'une norme juridique sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités, soumise au Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) à sa cinquante-sixième session | Deuxième partie, chap. I, E |
| A/CN.9/WG.II/WP.170 et Add.1 | Note du Secrétariat concernant le règlement des litiges commerciaux: transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités – observations d'institutions d'arbitrage sur la création d'un lieu de conservation des informations publiées ("registre"), soumise au Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) à sa cinquante-sixième session | Deuxième partie, chap. I, F |
| | ***2. Documents à distribution restreinte*** | |
| A/CN.9/WG.II/LVI/CRP.1 et Add.1 à 4 | Projet de rapport du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) sur les travaux de sa cinquante-sixième session | Non reproduit |
| A/CN.9/WG.II/LVI/CRP.2 | Règlement des litiges commerciaux – élaboration d'une norme juridique sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités – observations des institutions d'arbitrage sur l'interaction entre le règlement sur la transparence et leurs propres règlements | Non reproduit |
| A/CN.9/WG.II/LVI/CRP.3 | Règlement des litiges commerciaux – élaboration d'une norme juridique sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités – proposition de la délégation des États-Unis d'Amérique pour l'article 2 du projet de règlement sur la transparence | Non reproduit |
| | ***3. Documents d'information*** | |
| A/CN.9/WG.II/LVI/INF.1/Rev.1 | Liste de participants | Non reproduit |
| | **D. Liste des documents dont était saisi le Groupe de travail IV (Commerce électronique) à sa quarante-cinquième session** | |
| | ***1. Documents de travail*** | |
| A/CN.9/WG.IV/WP.114 | Ordre du jour provisoire annoté | Non reproduit |

| *Cote* | *Titre ou description* | *Emplacement dans le présent volume* |
|---|---|---|
| A/CN.9/WG.IV/WP.115 | Note du Secrétariat sur les questions juridiques liées à l'utilisation des documents transférables électroniques, soumise au Groupe de travail IV (Commerce électronique) à sa quarante-cinquième session | Deuxième partie, chap. II, B |
| A/CN.9/WG.IV/WP.116 | Note du Secrétariat sur les aspects juridiques du commerce électronique – proposition du Gouvernement espagnol, soumise au Groupe de travail IV (Commerce électronique) à sa quarante-cinquième session | Deuxième partie, chap. II, C |
| | ***2. Documents à distribution restreinte*** | |
| A/CN.9/WG.IV/XLV/ CRP.1 et Add.1 à 4 | Projet de rapport du Groupe de travail IV (Commerce électronique) sur les travaux de sa quarante-cinquième session | Non reproduit |
| | ***3. Documents d'information*** | |
| A/CN.9/WG.IV/XLV/INF.1/ Rev.1 | Liste de participants | Non reproduit |

## E. Liste des documents dont était saisi le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa quarantième session

| | | |
|---|---|---|
| | ***1. Documents de travail*** | |
| A/CN.9/WG.V/WP.98 | Ordre du jour provisoire annoté | Non reproduit |
| A/CN.9/WG.V/WP.99 | Note du Secrétariat sur l'interprétation et l'application de certains concepts de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale en rapport avec le centre des intérêts principaux, soumise au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa quarantième session | Deuxième partie, chap. III, B |
| A/CN.9/WG.V/WP.100 | Note du Secrétariat sur les obligations et responsabilités des administrateurs et dirigeants d'entreprises dans les procédures d'insolvabilité et mécanismes avant insolvabilité, soumise au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa quarantième session | Deuxième partie, chap. III, C |
| A/CN.9/WG.V/WP.101 | Proposition d'une définition de "centre des intérêts principaux" (articles 2 b) et 16-3 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale) présentée par les délégations espagnole et mexicaine et l'Union internationale des avocats (UIA), soumise au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa quarantième session | Deuxième partie, chap. III, D |
| | ***2. Documents à distribution restreinte*** | |
| A/CN.9/WG.V/XL/CRP.1 et Add.1 à 4 | Projet de rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de sa quarantième session | Non reproduit |

| *Cote* | *Titre ou description* | *Emplacement dans le présent volume* |
|---|---|---|
| | ***3. Documents d'information*** | |
| A/CN.9/WG.V/XL/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 quarante et unième session** | |
| | ***1. Documents de travail*** | |
| A/CN.9/WG.V/WP.102 | Ordre du jour provisoire annoté | Non reproduit |
| A/CN.9/WG.V/WP.103 et Add.1 | Note du Secrétariat sur l'interprétation et l'application de certains concepts de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale en rapport avec le centre des intérêts principaux, soumise au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa quarante et unième session | Deuxième partie, chap. III, F |
| A/CN.9/WG.V/WP.104 | Note du Secrétariat sur les obligations des administrateurs de sociétés lorsque la société est sur le point d'être insolvable, soumise au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa quarante et unième session | Deuxième partie, chap. III, G |
| A/CN.9/WG.V/WP.105 | Proposition de la délégation des États-Unis d'Amérique présentée pour examen au Groupe de travail, soumise au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa quarante et unième session | Deuxième partie, chap. III, H |
| | ***2. Documents à distribution restreinte*** | |
| A/CN.9/WG.V/XLI/CRP.1 et Add.1 à 4 | Projet de rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de sa quarante et unième session | Non reproduit |
| | ***3. Documents d'information*** | |
| A/CN.9/WG.I/XLI/INF.1 | Liste de participants | Non reproduit |
| | **G. Liste des documents dont était saisi le Groupe de travail III (Règlement des litiges en ligne) à sa vingt-quatrième session** | |
| | ***1. Documents de travail*** | |
| A/CN.9/WG.III/WP.108 | Ordre du jour provisoire annoté | Non reproduit |
| A/CN.9/WG.III/WP.109 | Note du Secrétariat sur la résolution des litiges en ligne dans les opérations internationales de commerce électronique: projet de règlement de procédure, soumise au Groupe de travail III (Règlement des litiges en ligne) à sa vingt-quatrième session | Deuxième partie, chap. IV, B |

| *Cote* | *Titre ou description* | *Emplacement dans le présent volume* |
|---|---|---|
| A/CN.9/WG.III/WP.110 | Note du Secrétariat sur la résolution des litiges en ligne dans les opérations internationales de commerce électronique: questions à examiner en concevant un cadre mondial pour le règlement des litiges en ligne, soumise au Groupe de travail III (Règlement des litiges en ligne) à sa vingt-quatrième session | Deuxième partie, chap. IV, C |
| | ***2. Documents à distribution restreinte*** | |
| A/CN.9/WG.III/XXIV/ CRP.1 et Add.1 à 4 | Projet de rapport du Groupe de travail III (Règlement des litiges en ligne) sur les travaux de sa vingt-quatrième session | Non reproduit |
| | ***3. Documents d'information*** | |
| A/CN.9/WG.III/XXIV/INF.1 | Liste de participants | Non reproduit |

## H. Liste des documents dont était saisi le Groupe de travail III (Règlement des litiges en ligne) à sa vingt-cinquième session

| | | |
|---|---|---|
| | ***1. Documents de travail*** | |
| A/CN.9/WG.III/WP.111 | Ordre du jour provisoire annoté | Non reproduit |
| A/CN.9/WG.III/WP.112 et Add.1 | Note du Secrétariat sur la résolution des litiges en ligne dans les opérations internationales de commerce électronique: projet de règlement de procédure, soumise au Groupe de travail III (Règlement des litiges en ligne) à sa vingt-cinquième session | Deuxième partie, chap. IV, E |
| A/CN.9/WG.III/WP.113 | Note du Secrétariat sur le règlement des litiges en ligne dans les opérations internationales de commerce électronique: autres questions à examiner en concevant un cadre mondial pour le règlement des litiges en ligne, soumise au Groupe de travail III (Règlement des litiges en ligne) à sa vingt-cinquième session | Deuxième partie, chap. IV, F |
| A/CN.9/WG.III/WP.114 | Note du Secrétariat sur la proposition de principes applicables aux tiers neutres et aux administrateurs de procédures de résolution des litiges en ligne, soumise au Groupe de travail III (Règlement des litiges en ligne) à sa vingt-cinquième session | Deuxième partie, chap. IV, G |
| A/CN.9/WG.III/WP.115 | Note du Secrétariat sur l'analyse et la proposition concernant l'incorporation de principes de fond pour les demandes et les mesures relevant de la résolution des litiges en ligne dans l'article 4 du projet de règlement de procédure – Note présentée par le Center for International Legal Education, soumise au Groupe de travail III (Règlement des litiges en ligne) à sa vingt-cinquième session | Deuxième partie, chap. IV, H |

| *Cote* | *Titre ou description* | *Emplacement dans le présent volume* |
|---|---|---|
| | ***2. Documents à distribution restreinte*** | |
| A/CN.9/WG.III/XXV/CRP.1 et Add.1 à 4 | Projet de rapport du Groupe de travail III (Règlement des litiges en ligne) sur les travaux de sa vingt-cinquième session | Non reproduit |
| | ***3. Documents d'information*** | |
| A/CN.9/WG.III/XXV/INF.1 | Liste de participants | Non reproduit |
| | **I. Liste des documents dont était saisi le Groupe de travail VI (Sûretés) à sa vingtième session** | |
| | ***1. Documents de travail*** | |
| A/CN.9/WG.VI/WP.47 | Ordre du jour provisoire annoté | Non reproduit |
| A/CN.9/WG.VI/WP.48 et Add.1 à 3 | Note du Secrétariat concernant le projet de guide sur le registre des sûretés réelles mobilières, soumise au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa vingtième session | Deuxième partie, chap. V, B |
| | ***2. Documents à distribution restreinte*** | |
| A/CN.9/WG.VI/XX/CRP.1 et Add.1 à 4 | Projet de rapport du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de sa vingtième session | Non reproduit |
| | ***3. Documents d'information*** | |
| A/CN.9/WG.VI/XX/INF.1 | Liste de participants | Non reproduit |
| | **J. Liste des documents dont était saisi le Groupe de travail VI (Sûretés) à sa vingt et unième session** | |
| | ***1. Documents de travail*** | |
| A/CN.9/WG.VI/WP.49 | Ordre du jour provisoire annoté | Non reproduit |
| A/CN.9/WG.VI/WP.50 et Add.1 et 2 | Note du Secrétariat concernant le projet de guide législatif technique sur la mise en place d'un registre des sûretés réelles mobilières: Annexe I. Terminologie et recommandations, soumise au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa vingt et unième session | Deuxième partie, chap. V, D |
| | ***2. Documents à distribution restreinte*** | |
| A/CN.9/WG.VI/XXI/CRP.1 et Add.1 à 4 | Projet de rapport du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de sa vingt et unième session | Non reproduit |
| | ***3. Documents d'information*** | |
| A/CN.9/WG.VI/XXI/INF.1 | Liste de participants | Non reproduit |
| | **K. Liste des documents dont était saisi le Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa vingt et unième session** | |
| | ***1. Documents de travail*** | |
| A/CN.9/WG.I/WP.78 | Ordre du jour provisoire annoté | Non reproduit |

| *Cote* | *Titre ou description* | *Emplacement dans le présent volume* |
|---|---|---|
| A/CN.9/WG.I/WP.79 et Add.1 à 19 | Note du Secrétariat concernant le Guide révisé pour l'incorporation qui accompagnera la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa vingt et unième session | Deuxième partie, chap. VI, B |
| | ***2. Documents à distribution restreinte*** | |
| A/CN.9/WG.I/XXI/CRP.1 et Add.1 à 4 | Projet de rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa vingt et unième session | Non reproduit |
| | ***3. Documents d'information*** | |
| A/CN.9/WG.I/XXI/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 et chapitre; 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 (2002 à 2008); règlement des litiges en ligne (depuis 2010)

   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).

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.

** À sa trente-cinquième session, la Commission a adopté des sessions d'une semaine et porté de trois à six le nombre de groupes de travail.

| *Cote du document* | *Volume, année* | *Partie, chapitre, section* |
|---|---|---|
| **1. Rapports sur les sessions annuelles de la CNUDCI** | | |
| A/7216 (première session) | Volume I: 1968-1970 | Deuxième partie, I, A |
| A/7618 (deuxième session) | Volume I: 1968-1970 | Deuxième partie, II, A |
| A/8017 (troisième session) | Volume I: 1968-1970 | Deuxième partie, III, A |
| A/8417 (quatrième session) | Volume II: 1971 | Première partie, II, A |
| A/8717 (cinquième session) | Volume III: 1972 | Première partie, II, A |
| A/9017 (sixième session) | Volume IV: 1973 | Première partie, II, A |
| A/9617 (septième session) | Volume V: 1974 | Première partie, II, A |
| A/10017 (huitième session) | Volume VI: 1975 | Première partie, II, A |
| A/31/17 (neuvième session) | Volume VII: 1976 | Première partie, II, A |
| A/32/17 (dixième session) | Volume VIII: 1977 | Première partie, II, A |
| A/33/17 (onzième session) | Volume IX: 1978 | Première partie, II, A |
| A/34/17 (douzième session) | Volume X: 1979 | Première partie, II, A |
| A/35/17 (treizième session) | Volume XI: 1980 | Première partie, II, A |
| A/36/17 (quatorzième session) | Volume XII: 1981 | Première partie, A |
| A/37/17 et Corr.1 (quinzième session) | Volume XIII: 1982 | Première partie, A |
| A/38/17 (seizième session) | Volume XIV: 1983 | Première partie, A |
| A/39/17 (dix-septième session) | Volume XV: 1984 | Première partie, A |
| A/40/17 (dix-huitième session) | Volume XVI: 1985 | Première partie, A |
| A/41/17 (dix-neuvième session) | Volume XVII: 1986 | Première partie, A |
| A/42/17 (vingtième session) | Volume XVIII: 1987 | Première partie, A |
| A/43/17 (vingt et unième session) | Volume XIX: 1988 | Première partie, A |
| A/44/17 (vingt-deuxième session) | Volume XX: 1989 | Première partie, A |
| A/45/17 (vingt-troisième session) | Volume XXI: 1990 | Première partie, A |
| A/46/17 (vingt-quatrième session) | Volume XXII: 1991 | Première partie, A |
| A/47/17 (vingt-cinquième session) | Volume XXIII: 1992 | Première partie, A |
| A/48/17 (vingt-sixième session) | Volume XXIV: 1993 | Première partie, A |
| A/49/17 (vingt-septième session) | Volume XXV: 1994 | Première partie, A |
| A/50/17 (vingt-huitième session) | Volume XXVI: 1995 | Première partie, A |
| A/51/17 (vingt-neuvième session) | Volume XXVII: 1996 | Première partie, A |

| *Cote du document* | *Volume, année* | *Partie, chapitre, section* |
|---|---|---|
| A/52/17 (trentième session) | Volume XXVIII: 1997 | Première partie, A |
| A/53/17 (trente et unième session) | Volume XXIX: 1998 | Première partie, A |
| A/54/17 (trente-deuxième session) | Volume XXX: 1999 | Première partie, A |
| A/55/17 (trente-troisième session) | Volume XXXI: 2000 | Première partie, A |
| A/56/17 (trente-quatrième session) | Volume XXXII: 2001 | Première partie, A |
| A/57/17 (trente-cinquième session) | Volume XXXIII: 2002 | Première partie, A |
| A/58/17 (trente-sixième session) | Volume XXXIV: 2003 | Première partie, A |
| A/59/17 (trente-septième session) | Volume XXXV: 2004 | Première partie, A |
| A/60/17 (trente-huitième session) | Volume XXXVI: 2005 | Première partie, A |
| A/61/17 (trente-neuvième session) | Volume XXXVII: 2006 | Première partie, A |
| A/62/17 (quarantième session) | Volume XXXVIII: 2007 | Première partie, A |
| A/63/17 (quarante et unième session) | Volume XXXIX: 2008 | Première partie, A |
| A/64/17 (quarante-deuxième session) | Volume XL: 2009 | Première partie, A |
| A/65/17 (quarante-troisième session) | Volume XLI: 2010 | Première partie, A |
| A/66/17 (quarante-quatrième session) | Volume XLII: 2011 | 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 |

| *Cote du document* | *Volume, année* | *Partie, chapitre, section* |
|---|---|---|
| 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 |
| 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 |

| *Cote du document* | *Volume, année* | *Partie, chapitre, section* |
|---|---|---|
| 47/34 | Volume XXIII: 1992 | Première partie, D |
| 48/32 | Volume XXIV: 1993 | Première partie, D |
| 48/33 | Volume XXIV: 1993 | Première partie, D |
| 48/34 | Volume XXIV: 1993 | Première partie, D |
| 49/54 | Volume XXV: 1994 | Première partie, D |
| 49/55 | Volume XXV: 1994 | Première partie, D |
| 50/47 | Volume XXVI: 1995 | Première partie, D |
| 51/161 | Volume XXVII: 1996 | Première partie, D |
| 51/162 | Volume XXVII: 1996 | Première partie, D |
| 52/157 | Volume XXVIII: 1997 | Première partie, D |
| 52/158 | Volume XXVIII: 1997 | Première partie, D |
| 53/103 | Volume XXIX: 1998 | Première partie, D |
| 54/103 | Volume XXX: 1999 | Première partie, D |
| 55/151 | Volume XXXI: 2000 | Première partie, D |
| 56/79 | Volume XXXII: 2001 | Première partie, D |
| 56/80 | Volume XXXII: 2001 | Première partie, D |
| 56/81 | Volume XXXII: 2001 | Première partie, D |
| 57/17 | Volume XXXIII: 2002 | Première partie, D |
| 57/18 | Volume XXXIII: 2002 | Première partie, D |
| 57/19 | Volume XXXIII: 2002 | Première partie, D |
| 57/20 | Volume XXXIII: 2002 | Première partie, D |
| 58/75 | Volume XXXIV: 2003 | Première partie, D |
| 58/76 | Volume XXXIV: 2003 | Première partie, D |
| 59/39 | Volume XXXV: 2004 | Première partie, D |
| 59/40 | Volume XXXV: 2004 | Première partie, D |
| 61/32 | Volume XXXVII: 2006 | Première partie, D |
| 61/33 | Volume XXXVII: 2006 | Première partie, D |
| 62/64 | Volume XXXVIII: 2007 | Première partie, D |
| 62/65 | Volume XXXVIII: 2007 | Première partie, D |
| 62/70 | Volume XXXVIII: 2007 | Première partie, D |
| 63/120 | Volume XXXIX: 2008 | Première partie, D |
| 63/121 | Volume XXXIX: 2008 | Première partie, D |

| *Cote du document* | *Volume, année* | *Partie, chapitre, section* |
|---|---|---|
| 63/123 | Volume XXXIX: 2008 | Première partie, D |
| 63/128 | Volume XXXIX: 2008 | Première partie, D |
| 64/111 | Volume XL: 2009 | Première partie, D |
| 64/112 | Volume XL: 2009 | Première partie, D |
| 64/116 | Volume XL: 2009 | Première partie, D |
| 65/21 | Volume XLI: 2010 | Première partie, D |
| 65/22 | Volume XLI: 2010 | Première partie, D |
| 65/23 | Volume XLI: 2010 | Première partie, D |
| 65/24 | Volume XLI: 2010 | Première partie, D |
| 65/32 | Volume XLI: 2010 | Première partie, D |
| 66/94 | Volume XLII: 2011 | Première partie, D |
| 66/95 | Volume XLII: 2011 | Première partie, D |
| 66/96 | Volume XLII: 2011 | Première partie, D |
| 66/102 | Volume XLII: 2011 | 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 |

| *Cote du document* | *Volume, année* | *Partie, chapitre, section* |
|---|---|---|
| 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 |
| 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 |

| *Cote du document* | *Volume, année* | *Partie, chapitre, section* |
|---|---|---|
| A/65/465 | Volume XLI: 2010 | Première partie, C |
| A/66/471 | Volume XLII: 2011 | 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 |
| 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 |

| *Cote du document* | *Volume, année* | *Partie, chapitre, section* |
|---|---|---|
| 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 |
| TD/B/56/11 (Vol.I) | Volume XL: 2009 | Première partie, B |
| TD/B/57/8 (Vol.I) | Volume XLI: 2010 | Première partie, B |
| TD/B/58/9 (Vol.I) | Volume XLII: 2011 | 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 |

| *Cote du document* | *Volume, année* | *Partie, chapitre, section* |
|---|---|---|
| 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 |
| 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 |

| *Cote du document* | *Volume, année* | *Partie, chapitre, section* |
|---|---|---|
| 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 |
| 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 |

| *Cote du document* | *Volume, année* | *Partie, chapitre, section* |
|---|---|---|
| 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 |
| 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 |

| *Cote du document* | *Volume, année* | *Partie, chapitre, section* |
|---|---|---|
| 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 |
| A/CN.9/207 | Volume XII: 1981 | Deuxième partie, III |
| A/CN.9/208 | Volume XII: 1981 | Deuxième partie, V, C |
| A/CN.9/210 | Volume XIII: l982 | Deuxième partie, II, A, 1 |
| A/CN.9/211 | Volume XIII: 1982 | Deuxième partie, II, A, 3 |
| A/CN.9/212 | Volume XIII: 1982 | Deuxième partie, II, A, 5 |
| A/CN.9/213 | Volume XIII: 1982 | Deuxième partie, II, A, 4 |
| A/CN.9/214 | Volume XIII: 1982 | Deuxième partie, II, A, 6 |
| A/CN.9/215 | Volume XIII: 1982 | Deuxième partie, II, B, 1 |
| A/CN.9/216 | Volume XIII: 1982 | Deuxième partie, III, A |
| A/CN.9/217 | Volume XIII: 1982 | Deuxième partie, IV, A |
| A/CN.9/218 | Volume XIII: 1982 | Deuxième partie, I, A |
| A/CN.9/219 et Add.1 (F-Corr.1) | Volume XIII: 1982 | Deuxième partie, I, B |
| A/CN.9/220 | Volume XIII: 1982 | Deuxième partie, II, B, 3 |
| A/CN.9/221 | Volume XIII: 1982 | Deuxième partie, II, C |
| A/CN.9/222 | Volume XIII: l982 | Deuxième partie, III, C |
| A/CN.9/223 | Volume XIII: 1982 | Deuxième partie, II, A, 7 |

| *Cote du document* | *Volume, année* | *Partie, chapitre, section* |
|---|---|---|
| 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 |
| 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 |

| *Cote du document* | *Volume, année* | *Partie, chapitre, section* |
|---|---|---|
| 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 |
| 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 |

| *Cote du document* | *Volume, année* | *Partie, chapitre, section* |
|---|---|---|
| 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 |
| 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 |

| *Cote du document* | *Volume, année* | *Partie, chapitre, section* |
|---|---|---|
| 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 |
| 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 |

| *Cote du document* | *Volume, année* | *Partie, chapitre, section* |
|---|---|---|
| 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 |
| 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 |

| *Cote du document* | *Volume, année* | *Partie, chapitre, section* |
|---|---|---|
| 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 |
| 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 |

| *Cote du document* | *Volume, année* | *Partie, chapitre, section* |
|---|---|---|
| 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 |
| 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 |

| *Cote du document* | *Volume, année* | *Partie, chapitre, section* |
|---|---|---|
| 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 |
| 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 |

| *Cote du document* | *Volume, année* | *Partie, chapitre, section* |
|---|---|---|
| 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 |
| 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 |

| *Cote du document* | *Volume, année* | *Partie, chapitre, section* |
|---|---|---|
| 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 |
| 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 |

| *Cote du document* | *Volume, année* | *Partie, chapitre, section* |
|---|---|---|
| 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 |
| 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 |

| *Cote du document* | *Volume, année* | *Partie, chapitre, section* |
|---|---|---|
| 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 |
| 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 |

| *Cote du document* | *Volume, année* | *Partie, chapitre, section* |
|---|---|---|
| A/CN.9/681 et Add.1 et 2 | Volume XL: 2009 | Deuxième partie, V, B |
| A/CN.9/682 | Volume XL: 2009 | Deuxième partie, V, C |
| A/CN.9/684 | Volume XLI: 2010 | Deuxième partie, I, A |
| A/CN.9/685 | Volume XLI: 2010 | Deuxième partie, II, A |
| A/CN.9/686 | Volume XLI: 2010 | Deuxième partie, III, A |
| A/CN.9/687 | Volume XLI: 2010 | Deuxième partie, IV, A |
| A/CN.9/688 | Volume XLI: 2010 | Deuxième partie, I, C |
| A/CN.9/689 | Volume XLI: 2010 | Deuxième partie, II, D |
| A/CN.9/690 | Volume XLI: 2010 | Deuxième partie, IV, C |
| A/CN.9/691 | Volume XLI: 2010 | Deuxième partie, III, C |
| A/CN.9/692 | Volume XLI: 2010 | Deuxième partie, V, A |
| A/CN.9/693 | Volume XLI: 2010 | Troisième partie, III |
| A/CN.9/694 | Volume XLI: 2010 | Deuxième partie, VIII |
| A/CN.9/695 | Volume XLI: 2010 | Deuxième partie, VII |
| A/CN.9/702 et Add.1 | Volume XLI: 2010 | Deuxième partie, V, B |
| A/CN.9/706 | Volume XLI: 2010 | Deuxième partie, V, C |
| A/CN.9/707 et Add.1 | Volume XLI: 2010 | Deuxième partie, IX |
| A/CN.9/709 | Volume XLI: 2010 | Deuxième partie, V, D |
| A/CN.9/710 | Volume XLI: 2010 | Deuxième partie, V, E |
| A/CN.9/712 | Volume XLII: 2011 | Deuxième partie, I, A |
| A/CN.9/713 | Volume XLII: 2011 | Deuxième partie, II, A |
| A/CN.9/714 | Volume XLII: 2011 | Deuxième partie, III, A |
| A/CN.9/715 | Volume XLII: 2011 | Deuxième partie, IV, A |
| A/CN.9/716 | Volume XLII: 2011 | Deuxième partie, V, A |
| A/CN.9/717 | Volume XLII: 2011 | Deuxième partie, I, D |
| A/CN.9/718 | Volume XLII: 2011 | Deuxième partie, II, C |
| A/CN.9/719 | Volume XLII: 2011 | Deuxième partie, III, C |
| A/CN.9/721 | Volume XLII: 2011 | Deuxième partie, V, C |
| A/CN.9/722 | Volume XLII: 2011 | Troisième partie, II |
| A/CN.9/723 | Volume XLII: 2011 | Deuxième partie, IX |
| A/CN.9/724 | Volume XLII: 2011 | Deuxième partie, VIII |
| A/CN.9/725 | Volume XLII: 2011 | Deuxième partie, X |

| *Cote du document* | *Volume, année* | *Partie, chapitre, section* |
|---|---|---|
| A/CN.9/728 et Add.1 | Volume XLII: 2011 | Deuxième partie, VI, A |
| A/CN.9/729 et Add.1 à 8 | Volume XLII: 2011 | Deuxième partie, II, E |
| A/CN.9/730 et Add.1 et 2 | Volume XLII: 2011 | Deuxième partie, II, F |
| A/CN.9/731 et Add.1 à 9 | Volume XLII: 2011 | Deuxième partie, II, G |
| A/CN.9/733 et Add.1 | Volume XLII: 2011 | Deuxième partie, IV, E |

### 6. Documents soumis aux groupes de travail

#### *a) Groupe de travail I*

*i) Délais et prescription*

| | | |
|---|---|---|
| A/CN.9/WG.1/WP.9 | Volume II: 1971 | Deuxième partie, I, C, 1 |

*ii) Projets d'infrastructure à financement privé*

| | | |
|---|---|---|
| A/CN.9/WG.I/WP.29 et Add.1 et 2 | Volume XXXIV: 2003 | Deuxième partie, I, B |

*iii) Passation de marchés*

| | | |
|---|---|---|
| A/CN.9/WG.I/WP.31 | Volume XXXVI: 2005 | Deuxième partie, II, B |
| A/CN.9/WG.I/WP.32 | Volume XXXVI: 2005 | Deuxième partie, II, C |
| A/CN.9/WG.I/WP.34 et Add.1 et 2 | Volume XXXVI: 2005 | Deuxième partie, II, E |
| A/CN.9/WG.I/WP.35 et Add.1 | Volume XXXVI: 2005 | Deuxième partie, II, F |
| A/CN.9/WG.I/WP.36 | Volume XXXVI: 2005 | Deuxième partie, II, G |
| A/CN.9/WG.I/WP.38 et Add.1 | Volume XXXVII: 2006 | Deuxième partie, III, B |
| A/CN.9/WG.I/WP.39 et Add.1 | Volume XXXVII: 2006 | Deuxième partie, III, C |
| A/CN.9/WG.I/WP.40 et Add.1 | Volume XXXVII: 2006 | Deuxième partie, III, D |
| A/CN.9/WG.I/WP.42 et Add.1 | Volume XXXVII: 2006 | Deuxième partie, III, F |
| A/CN.9/WG.I/WP.43 et Add.1 | Volume XXXVII: 2006 | Deuxième partie, III, G |
| A/CN.9/WG.I/WP.44 et Add.1 | Volume XXXVII: 2006 | Deuxième partie, III, H |
| A/CN.9/WG.I/WP.45 et Add.1 | Volume XXXVII: 2006 | Deuxième partie, III, I |
| A/CN.9/WG.I/WP.47 | Volume XXXVIII: 2007 | Deuxième partie, II, B |
| A/CN.9/WG.I/WP.48 | Volume XXXVIII: 2007 | Deuxième partie, II, C |
| 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 |

| *Cote du document* | *Volume, année* | *Partie, chapitre, section* |
|---|---|---|
| A/CN.9/WG.I/WP.58 | Volume XXXIX: 2008 | Deuxième partie, II, F |
| A/CN.9/WG.I/WP.59 | Volume XXXIX: 2008 | Deuxième partie, II, G |
| A/CN.9/WG.I/WP.61 | Volume XL: 2009 | Deuxième partie, I, B |
| A/CN.9/WG.I/WP.62 | Volume XL: 2009 | Deuxième partie, I, C |
| A/CN.9/WG.I/WP.63 | Volume XL: 2009 | Deuxième partie, I, D |
| A/CN.9/WG.I/WP.64 | Volume XL: 2009 | Deuxième partie, I, E |
| A/CN.9/WG.I/WP.66 et Add.1 à 5 | Volume XL: 2009 | Deuxième partie, I, G |
| A/CN.9/WG.I/WP.68 et Add.1 | Volume XL: 2009 | Deuxième partie, I, I |
| A/CN.9/WG.I/WP.69 et Add.1 à 5 | Volume XL: 2009 | Deuxième partie, I, J |
| A/CN.9/WG.I/WP.71 et Add.1 à 8 | Volume XLI: 2010 | Deuxième partie, IV, B |
| A/CN.9/WG.I/WP.73 et Add.1 à 8 | Volume XLI: 2010 | Deuxième partie, IV, D |
| A/CN.9/WG.I/WP.75 et Add.1 à 8 | Volume XLII: 2011 | Deuxième partie, II, B |
| A/CN.9/WG.I/WP.77 et Add.1 à 9 | Volume XLII: 2011 | Deuxième partie, II, D |
| | ***b) Groupe de travail II*** | |
| | *i) Vente internationale de marchandises* | |
| A/CN.9/WG.2/WP.1 | Volume I: 1968-1979 | Troisième partie, I, A, 2 |
| A/CN.9/WG.2/WP.6 | Volume II: 1971 | Deuxième partie, I, A, 1 |
| A/CN.9/WG.2/WP.8 | Volume III: 1972 | Deuxième partie, I, A, 1 |
| A/CN.9/WG.2/WP.9 | Volume III: 1972 | Deuxième partie, I, A, 2 |
| A/CN.9/WG.2/WP.10 | Volume III: 1972 | Deuxième partie, I, A, 3 |
| A/CN.9/WG.2/WP.11 | Volume III: 1972 | Deuxième partie, I, A, 4 |
| A/CN.9/WG.2/WP.15 | Volume IV: 1973 | Deuxième partie, I, A, 1 |
| A/CN.9/WG.2/WP.16 | Volume IV: 1973 | Deuxième partie, I, A, 2 |
| A/CN.9/WG.2/WP.15/Add.1 | Volume V: 1974 | Deuxième partie, I, 3 |
| A/CN.9/WG.2/WP.17/Add.1 | Volume V: 1974 | Deuxième partie, I, 4 |
| A/CN.9/WG.2/WP.17/Add.2 | Volume V: 1974 | Deuxième partie, I, 4 |
| A/CN.9/WG.2/WP.20 | Volume VI: 1975 | Deuxième partie, I, 4 |
| A/CN.9/WG.2/WP.2 et Add.1 et 2 | Volume VI: 1975 | Deuxième partie, I, 3 |
| 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 |

| *Cote du document* | *Volume, année* | *Partie, chapitre, section* |
|---|---|---|
| *ii)* | *Pratiques en matière de contrats internationaux* | |
| A/CN.9/WG.II/WP.33 et Add.1 | Volume XII: 1981 | Deuxième partie, I, B, 1 et 2 |
| A/CN.9/WG.II/WP.35 | Volume XIII: 1982 | Deuxième partie, III, B |
| A/CN.9/WG.II/WP.37 | Volume XIV: 1983 | Deuxième partie, III, B, 1 |
| A/CN.9/WG.II/WP.38 | Volume XIV: 1983 | Deuxième partie, III, B, 2 |
| A/CN.9/WG.II/WP.40 | Volume XIV: 1983 | Deuxième partie, III, D, 1 |
| A/CN.9/WG.II/WP.41 | Volume XIV: 1983 | Deuxième partie, III, D, 2 |
| A/CN.9/WG.II/WP.42 | Volume XIV: 1983 | Deuxième partie, III, D, 3 |
| A/CN.9/WG.II/WP.44 | Volume XV: 1984 | Deuxième partie, II, A, 2 a) |
| A/CN.9/WG.II/WP.45 | Volume XV: 1984 | Deuxième partie, II, A, 2 b) |
| A/CN.9/WG.II/WP.46 | Volume XV: 1984 | Deuxième partie, II, A, 2 c) |
| A/CN.9/WG.II/WP.48 | Volume XV: 1984 | Deuxième partie, II, B, 3 a) |
| A/CN.9/WG.II/WP.49 | Volume XV: 1984 | Deuxième partie, II, B, 3 b) |
| A/CN.9/WG.II/WP.50 | Volume XV: 1984 | Deuxième partie, II, B, 3 c) |
| A/CN.9/WG.II/WP.52 et Add.1 | Volume XVI: 1985 | Deuxième partie, IV, B, 1 |
| A/CN.9/WG.II/WP.53 | Volume XVI: 1985 | Deuxième partie, IV, B, 3 |
| A/CN.9/WG.II/WP.55 | Volume XVII: 1986 | Deuxième partie, III, B, 1 |
| A/CN.9/WG.II/WP.56 | Volume XVII: 1986 | Deuxième partie, III, B, 2 |
| A/CN.9/WG.II/WP.58 | Volume XVIII: 1987 | Deuxième partie, III, B |
| A/CN.9/WG.II/WP.60 | Volume XIX: 1988 | Deuxième partie, II, B |
| A/CN.9/WG.II/WP.62 | Volume XX: 1989 | Deuxième partie, IV, B, 1 |
| A/CN.9/WG.II/WP.63 | Volume XX: 1989 | Deuxième partie, IV, B, 2 |
| A/CN.9/WG.II/WP.65 | Volume XXI: 1990 | Deuxième partie, IV, B |
| A/CN.9/WG.II/WP.67 | Volume XXII: 1991 | Deuxième partie, III, B, 1 |
| A/CN.9/WG.II/WP.68 | Volume XXII: 1991 | Deuxième partie, III, B, 2 |
| A/CN.9/WG.II/WP.70 | Volume XXII: 1991 | Deuxième partie, III, D, 1 |
| A/CN.9/WG.II/WP.71 | Volume XXII: 1991 | Deuxième partie, III, D, 2 |
| A/CN.9/WG.II/WP.73 et Add.1 | Volume XXIII: 1992 | Deuxième partie, IV, B |
| 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 |

| *Cote du document* | *Volume, année* | *Partie, chapitre, section* |
|---|---|---|
| A/CN.9/WG.II/WP.87 | Volume XXVIII: 1997 | Deuxième partie, II, B |
| A/CN.9/WG.II/WP.89 | Volume XXVIII: 1997 | Deuxième partie, II, D, 1 |
| A/CN.9/WG.II/WP.90 | Volume XXVIII: 1997 | Deuxième partie, II, D, 2 |
| A/CN.9/WG.II/WP.91 | Volume XXVIII: 1997 | Deuxième partie, II, D, 3 |
| A/CN.9/WG.II/WP.93 | Volume XXIX: 1998 | Deuxième partie, I, B |
| A/CN.9/WG.II/WP.96 | Volume XXIX: 1998 | Deuxième partie, I, D |
| A/CN.9/WG.II/WP.98 | Volume XXX: 1999 | Deuxième partie, I, B |
| A/CN.9/WG.II/WP.99 | Volume XXX: 1999 | Deuxième partie, I, C |
| A/CN.9/WG.II/WP.100 | Volume XXX: 1999 | Deuxième partie, I, D |
| A/CN.9/WG.II/WP.102 | Volume XXX: 1999 | Deuxième partie, I, F |
| A/CN.9/WG.II/WP.104 | Volume XXXI: 2000 | Deuxième partie, I, B |
| A/CN.9/WG.II/WP.105 | Volume XXXI: 2000 | Deuxième partie, I, C |
| A/CN.9/WG.II/WP.106 | Volume XXXI: 2000 | Deuxième partie, I, D |
| *iii)* | *Arbitrage commercial international* | |
| A/CN.9/WG.II/WP.108 et Add.1 | Volume XXXI: 2000 | Deuxième partie, IV, B |
| A/CN.9/WG.II/WP.110 | Volume XXXII: 2001 | Deuxième partie, III, B |
| A/CN.9/WG.II/WP.111 | Volume XXXII: 2001 | Deuxième partie, III, C |
| A/CN.9/WG.II/WP.113 et Add.1 | Volume XXXII: 2001 | Deuxième partie, III, E |
| A/CN.9/WG.II/WP.115 | Volume XXXIII: 2002 | Deuxième partie, I, B |
| A/CN.9/WG.II/WP.116 | Volume XXXIII: 2002 | Deuxième partie, I, C |
| A/CN.9/WG.II/WP.118 | Volume XXXIII: 2002 | Deuxième partie, I, E |
| A/CN.9/WG.II/WP.119 | Volume XXXIII: 2002 | Deuxième partie, I, F |
| A/CN.9/WG.II/WP.121 | Volume XXXIV: 2003 | Deuxième partie, III, B |
| A/CN.9/WG.II/WP.123 | Volume XXXIV: 2003 | Deuxième partie, III, D |
| A/CN.9/WG.II/WP.125 | Volume XXXV: 2004 | Deuxième partie, II, B |
| A/CN.9/WG.II/WP.127 | Volume XXXV: 2004 | Deuxième partie, II, D |
| A/CN.9/WG.II/WP.128 | Volume XXXV: 2004 | Deuxième partie, II, E |
| A/CN.9/WG.II/WP.129 | Volume XXXV: 2004 | Deuxième partie, II, F |
| 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 |

| *Cote du document* | *Volume, année* | *Partie, chapitre, section* |
|---|---|---|
| A/CN.9/WG.II/WP.137 et Add.1 | Volume XXXVII: 2006 | Deuxième partie, II, C |
| A/CN.9/WG.II/WP.138 | Volume XXXVII: 2006 | Deuxième partie, II, D |
| A/CN.9/WG.II/WP.139 | Volume XXXVII: 2006 | Deuxième partie, II, F |
| A/CN.9/WG.II/WP.141 | Volume XXXVII: 2006 | Deuxième partie, II, G |
| A/CN.9/WG.II/WP.145 et Add.1 | Volume XXXVIII: 2007 | Deuxième partie, III, D |
| A/CN.9/WG.II/WP.147 et Add.1 | Volume XXXIX: 2008 | Deuxième partie, III, B |
| A/CN.9/WG.II/WP.149 | Volume XXXIX: 2008 | Deuxième partie, III, D |
| A/CN.9/WG.II/WP.151 et Add.1 | Volume XL: 2009 | Deuxième partie, II, B |
| A/CN.9/WG.II/WP.152 | Volume XL: 2009 | Deuxième partie, II, C |
| A/CN.9/WG.II/WP.154 | Volume XL: 2009 | Deuxième partie, II, E |
| A/CN.9/WG.II/WP.154/Add.1 | Volume XLI: 2010 | Deuxième partie, I, B |
| A/CN.9/WG.II/WP.157 et Add.1 et 2 | Volume XLI: 2010 | Deuxième partie, I, D |
| A/CN.9/WG.II/WP.159 et Add.1 à 4 | Volume XLII: 2011 | Deuxième partie, I, B |
| A/CN.9/WG.II/WP.160 et Add.1 | Volume XLII: 2011 | Deuxième partie, I, C |
| A/CN.9/WG.II/WP.162 et Add.1 | Volume XLII: 2011 | Deuxième partie, I, E |
| A/CN.9/WG.II/WP.163 | Volume XLII: 2011 | Deuxième partie, I, F |
| A/CN.9/WG.II/WP.164 | Volume XLII: 2011 | Deuxième partie, I, G |
| | ***c) Groupe de travail III*** | |
| | *i) Réglementation internationale des transports maritimes* | |
| A/CN.9/WG.III/WP.6 | Volume IV: 1973 | Deuxième partie, IV, 2 |
| A/CN.9/WG.III/WP.7 | Volume IV: 1973 | Deuxième partie, IV, 3 |
| A/CN.9/WG.III/WP.11 | Volume V: 1974 | Deuxième partie, III, 3 |
| | *ii) Droit des transports* | |
| A/CN.9/WG.III/WP.21 et Add.1 | Volume XXXIII: 2002 | Deuxième partie, VI, B |
| A/CN.9/WG.III/WP.23 | Volume XXXIV: 2003 | Deuxième partie, IV, B |
| A/CN.9/WG.III/WP.25 | Volume XXXIV: 2003 | Deuxième partie, IV, D |
| A/CN.9/WG.III/WP.26 | Volume XXXIV: 2003 | Deuxième partie, IV, E |
| A/CN.9/WG.III/WP.27 | Volume XXXIV: 2003 | Deuxième partie, IV, F |
| A/CN.9/WG.III/WP.28 | Volume XXXIV: 2003 | Deuxième partie, IV, G |
| A/CN.9/WG.III/WP.29 | Volume XXXIV: 2003 | Deuxième partie, IV, H |
| A/CN.9/WG.III/WP.30 | Volume XXXIV: 2003 | Deuxième partie, IV, I |

| *Cote du document* | *Volume, année* | *Partie, chapitre, section* |
|---|---|---|
| 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 |
| A/CN.9/WG.III/WP.67 | Volume XXXVII: 2006 | Deuxième partie, IV, T |

| *Cote du document* | *Volume, année* | *Partie, chapitre, section* |
|---|---|---|
| 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 |
| A/CN.9/WG.III/WP.103 | Volume XXXIX: 2008 | Deuxième partie, I, L |

| *Cote du document* | *Volume, année* | *Partie, chapitre, section* |
|---|---|---|
| | *iii) Règlement des litiges en ligne* | |
| A/CN.9/WG.III/WP.105 | Volume XLII: 2011 | Deuxième partie, V, B |
| A/CN.9/WG.III/WP.107 | Volume XLII: 2011 | Deuxième partie, V, D |
| | ***d) Groupe de travail IV*** | |
| | *i) Effets de commerce internationaux* | |
| A/CN.9/WG.IV/WP.2 | Volume IV: 1973 | Deuxième partie, II, 2 |
| A/CN.9/WG.IV/CRP.5 | Volume VI: 1975 | Deuxième partie, II, 2 |
| A/CN.9/WG.IV/WP.21 | Volume XIII: 1982 | Deuxième partie, II, A, 2 a) |
| A/CN.9/WG.IV/WP.22 | Volume XIII: 1982 | Deuxième partie, II, A, 2 b) |
| A/CN.9/WG.IV/WP.23 | Volume XIII: 1982 | Deuxième partie, II, A, 2 c) |
| A/CN.9/WG.IV/WP.24 et Add.1 et 2 | Volume XIII: 1982 | Deuxième partie, II, A, 2 d) à f) |
| A/CN.9/WG.IV/WP.25 et Add.1 | Volume XIII: 1982 | Deuxième partie, II, A, 2 g) et h) |
| A/CN.9/WG.IV/WP.27 | Volume XIII: 1982 | Deuxième partie, II, B, 2 |
| A/CN.9/WG.IV/WP.30 | Volume XVII: 1986 | Deuxième partie, I, A, 3 |
| A/CN.9/WG.IV/WP.32 et Add.1 à 10 | Volume XVIII: 1987 | Deuxième partie, I, 2 |
| A/CN.9/WG.IV/WP.33 | Volume XVIII: 1987 | Deuxième partie, I, 3 |
| | *ii) Paiements internationaux* | |
| A/CN.9/WG.IV/WP.35 | Volume XIX: 1988 | Deuxième partie, I, A, 2 |
| A/CN.9/WG.IV/WP.37 | Volume XX: 1989 | Deuxième partie, I, B |
| A/CN.9/WG.IV/WP.39 | Volume XX: 1989 | Deuxième partie, I, D |
| A/CN.9/WG.IV/WP.41 | Volume XXI: 1990 | Deuxième partie, I, B |
| A/CN.9/WG.IV/WP.42 | Volume XXI: 1990 | Deuxième partie, I, C |
| A/CN.9/WG.IV/WP.44 | Volume XXI: 1990 | Deuxième partie, I, E |
| A/CN.9/WG.IV/WP.46 et Corr.1 | Volume XXII: 1991 | Deuxième partie, I, D, 1 |
| A/CN.9/WG.IV/WP.47 | Volume XXII: 1991 | Deuxième partie, I, D, 2 |
| A/CN.9/WG.IV/WP.49 | Volume XXII: 1991 | Deuxième partie, I, F |
| A/CN.9/WG.IV/WP.51 | Volume XXIII: 1992 | Deuxième partie, II, B |
| | *iii) Commerce électronique* | |
| A/CN.9/WG.IV/WP.53 | Volume XXIII: 1992 | Deuxième partie, V, B |
| A/CN.9/WG.IV/WP.55 | Volume XXIV: 1993 | Deuxième partie, III, B |

| *Cote du document* | *Volume, année* | *Partie, chapitre, section* |
|---|---|---|
| A/CN.9/WG.IV/WP.57 | Volume XXV: 1994 | Deuxième partie, III, B, 1 |
| A/CN.9/WG.IV/WP.58 | Volume XXV: 1994 | Deuxième partie, III, B, 2 |
| A/CN.9/WG.IV/WP.60 | Volume XXV: 1994 | Deuxième partie, III, D |
| 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 |

| *Cote du document* | *Volume, année* | *Partie, chapitre, section* |
|---|---|---|
| A/CN.9/WG.IV/WP.103 | Volume XXXV: 2004 | Deuxième partie, IV, B |
| A/CN.9/WG.IV/WP.104 et Add.1 à 4 | Volume XXXV: 2004 | Deuxième partie, IV, C |
| A/CN.9/WG.IV/WP.105 | Volume XXXV: 2004 | Deuxième partie, IV, D |
| A/CN.9/WG.IV/WP.106 | Volume XXXV: 2004 | Deuxième partie, IV, E |
| A/CN.9/WG.IV/WP.108 | Volume XXXV: 2004 | Deuxième partie, IV, G |
| A/CN.9/WG.IV/WP.110 | Volume XXXVI: 2005 | Deuxième partie, I, B |
| A/CN.9/WG.IV/WP.111 | Volume XXXVI: 2005 | Deuxième partie, I, C |
| A/CN.9/WG.IV/WP.112 | Volume XXXVI: 2005 | Deuxième partie, I, D |
| A/CN.9/WG.IV/WP.113 | Volume XXXVI: 2005 | Deuxième partie, I, E |
| | ***e) Groupe de travail V*** | |
| | *i) Nouvel ordre économique international* | |
| A/CN.9/WG.V/WP.4 et Add.1 à 8 | Volume XII: 1981 | Deuxième partie, IV, B, 1 |
| A/CN.9/WG.V/WP.5 | Volume XII: 1981 | Deuxième partie, IV, B, 2 |
| A/CN.9/WG.V/WP.7 et Add.1 à 6 | Volume XIII: 1982 | Deuxième partie, IV, B |
| A/CN.9/WG.V/WP.9 et Add.1 à 5 | Volume XIV: 1983 | Deuxième partie, IV, B |
| A/CN.9/WG.V/WP.11 et Add.1 à 9 | Volume XV: 1984 | Deuxième partie, III, B |
| A/CN.9/WG.V/WP.13 et Add.1 à 6 | Volume XVI: 1985 | Deuxième partie, III, A, 2 |
| A/CN.9/WG.V/WP.15 et Add.1 à 10 | Volume XVI: 1985 | Deuxième partie, III, B, 2 |
| A/CN.9/WG.V/WP.17 et Add.1 à 9 | Volume XVII: 1986 | Deuxième partie, II, B |
| A/CN.9/WG.V/WP.19 | Volume XVIII: 1987 | Deuxième partie, II, A, 2 |
| A/CN.9/WG.V/WP.20 | Volume XVIII: 1987 | Deuxième partie, II, A, 3 |
| A/CN.9/WG.V/WP.22 | Volume XX: 1989 | Deuxième partie, II, B |
| A/CN.9/WG.V/WP.24 | Volume XXI: 1990 | Deuxième partie, II, B |
| A/CN.9/WG.V/WP.25 | Volume XXI: 1990 | Deuxième partie, II, C |
| A/CN.9/WG.V/WP.27 | Volume XXII: 1991 | Deuxième partie, II, B, 1 |
| A/CN.9/WG.V/WP.28 | Volume XXII: 1991 | Deuxième partie, II, B, 2 |
| A/CN.9/WG.V/WP.30 | Volume XXIII: 1992 | Deuxième partie, III, B, 1 |
| A/CN.9/WG.V/WP.31 | Volume XXIII: 1992 | Deuxième partie, III, B, 2 |
| A/CN.9/WG.V/WP.33 | Volume XXIII: 1992 | Deuxième partie, III, D, 2 |

| *Cote du document* | *Volume, année* | *Partie, chapitre, section* |
|---|---|---|
| A/CN.9/WG.V/WP.34 | Volume XXIII: 1992 | Deuxième partie, III, D |
| A/CN.9/WG.V/WP.36 | Volume XXIV: 1993 | Deuxième partie, I, B |
| A/CN.9/WG.V/WP.38 | Volume XXV: 1994 | Deuxième partie, I, B |
| A/CN.9/WG.V/WP.40 | Volume XXV: 1994 | Deuxième partie, I, D |
| | *ii) Insolvabilité* | |
| A/CN.9/WG.V/WP.42 | Volume XXVII: 1996 | Deuxième partie, III, B |
| A/CN.9/WG.V/WP.44 | Volume XXVII: 1996 | Deuxième partie, III, D |
| A/CN.9/WG.V/WP.46 | Volume XXVIII: 1997 | Deuxième partie, I, B |
| A/CN.9/WG.V/WP.48 | Volume XXVIII: 1997 | Deuxième partie, I, D |
| A/CN.9/WG.V/WP.50 | Volume XXXI: 2000 | Deuxième partie, V, B |
| A/CN.9/WG.V/WP.54 et Add.1 et 2 | Volume XXXIII: 2002 | Deuxième partie, III, B |
| A/CN.9/WG.V/WP.55 | Volume XXXIII: 2002 | Deuxième partie, III, C |
| A/CN.9/WG.V/WP.57 | Volume XXXIII: 2002 | Deuxième partie, III, E |
| A/CN.9/WG.V/WP.58 | Volume XXXIII: 2002 | Deuxième partie, III, F |
| A/CN.9/WG.V/WP.59 | Volume XXXIII: 2002 | Deuxième partie, III, G |
| A/CN.9/WG.V/WP.61 et Add.1 et 2 | Volume XXXIII: 2002 | Deuxième partie, III, I |
| A/CN.9/WG.V/WP.63 et Add.3 à 15 | Volume XXXIV: 2003 | Deuxième partie, II, B |
| A/CN.9/WG.V/WP.63 et Add.1 et 2 et Add.16 et 17 | Volume XXXIV: 2003 | Deuxième partie, II, E |
| A/CN.9/WG.V/WP.64 | Volume XXXIV: 2003 | Deuxième partie, II, C |
| A/CN.9/WG.V/WP.67 | Volume XXXV: 2004 | Deuxième partie, I, B |
| A/CN.9/WG.V/WP.68 | Volume XXXV: 2004 | Deuxième partie, I, C |
| A/CN.9/WG.V/WP.70 (Parties I et II) | Volume XXXV: 2004 | Deuxième partie, I, E |
| A/CN.9/WG.V/WP.71 | Volume XXXV: 2004 | Deuxième partie, I, F |
| A/CN.9/WG.V/WP.72 | Volume XXXV: 2004 | Deuxième partie, I, G |
| A/CN.9/WG.V/WP.74 et Add.1 et 2 | Volume XXXVIII: 2007 | Deuxième partie, V, B |
| A/CN.9/WG.V/WP.76 et Add.1 et 2 | Volume XXXVIII: 2007 | Deuxième partie, V, D |
| A/CN.9/WG.V/WP.78 et Add.1 | Volume XXXIX: 2008 | Deuxième partie, IV, B |

| *Cote du document* | *Volume, année* | *Partie, chapitre, section* |
|---|---|---|
| A/CN.9/WG.V/WP.80 et Add.1 | Volume XXXIX: 2008 | Deuxième partie, IV, D |
| A/CN.9/WG.V/WP.82 et Add.1 à 4 | Volume XL: 2009 | Deuxième partie, III, B |
| A/CN.9/WG.V/WP.83 | Volume XL: 2009 | Deuxième partie, III, C |
| A/CN.9/WG.V/WP.85 et Add.1 | Volume XL: 2009 | Deuxième partie, III, E |
| A/CN.9/WG.V/WP.86 et Add.1 à 3 | Volume XL: 2009 | Deuxième partie, III, F |
| A/CN.9/WG.V/WP.87 | Volume XL: 2009 | Deuxième partie, III, G |
| A/CN.9/WG.V/WP.88 | Volume XL: 2009 | Deuxième partie, III, H |
| A/CN.9/WG.V/WP.90 et Add.1 et 2 | Volume XLI: 2010 | Deuxième partie, III, B |
| A/CN.9/WG.V/WP.92 et Add.1 et 2 | Volume XLI: 2010 | Deuxième partie, III, D |
| A/CN.9/WG.V/WP.93 et Add.1 à 6 | Volume XLI: 2010 | Deuxième partie, III, E |
| A/CN.9/WG.V/WP.95 et Add.1 | Volume XLII: 2011 | Deuxième partie, IV, B |
| A/CN.9/WG.V/WP.96 | Volume XLII: 2011 | Deuxième partie, IV, C |
| A/CN.9/WG.V/WP.97 et Add.1 et 2 | Volume XLII: 2011 | Deuxième partie, IV, D |
| | ***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 |

| *Cote du document* | *Volume, année* | *Partie, chapitre, section* |
|---|---|---|
| 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 |
| A/CN.9/WG.VI/WP.31 et Add.1 | Volume XXXVIII: 2007 | Deuxième partie, I, D |
| A/CN.9/WG.VI/WP.33 et Add.1 | Volume XXXIX: 2008 | Deuxième partie, V, B |
| A/CN.9/WG.VI/WP.35 et Add.1 | Volume XL: 2009 | Deuxième partie, IV, B |
| A/CN.9/WG.VI/WP.39 et Add.1 à 7 | Volume XLI: 2010 | Deuxième partie, II, B |
| A/CN.9/WG.VI/WP.40 | Volume XLI: 2010 | Deuxième partie, II, C |
| A/CN.9/WG.VI/WP.42 et Add.1 à 7 | Volume XLI: 2010 | Deuxième partie, II, E |
| A/CN.9/WG.VI/WP.44 et Add.1 et 2 | Volume XLII: 2011 | Deuxième partie, III, B |
| A/CN.9/WG.VI/WP.46 et Add.1 à 3 | Volume XLII: 2011 | Deuxième partie, III, D |

### 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 |

| *Cote du document* | *Volume, année* | *Partie, chapitre, section* |
|---|---|---|
| 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 |
| A/CN.9/SR.901 à 924 | Volume XLI: 2010 | Troisième partie, I |
| A/CN.9/SR.925 à 942 | Volume XLII: 2011 | Troisième partie, I |
| | **8. Textes adoptés par des conférences de plénipotentiaires** | |
| A/CONF.63/14 et Corr.1 | Volume V: 1974 | Troisième partie, I, A |
| A/CONF.63/15 | Volume V: 1974 | Troisième partie, I, B |
| A/CONF.63/17 | Volume X: 1979 | Troisième partie, I |
| A/CONF.89/13 et annexes I à III | Volume IX: 1978 | Troisième partie, I, A à D |
| A/CONF.97/18 et annexes I et II | Volume XI: 1980 | Troisième partie, I, A à C |
| A/CONF.152/13 | Volume XXIII: 1992 | Troisième partie, I |
| | **9. Bibliographies des écrits ayant trait aux travaux de la CNUDCI** | |
| | Volume I: 1968-1970 | Troisième partie |
| A/CN.9/L.20/Add.1 | Volume II: 1971 | Deuxième partie |
| | Volume II: l971 | Deuxième partie |
| | Volume III: 1972 | Deuxième partie |
| | Volume IV: 1973 | Deuxième partie |
| A/CN.9/L.25 | Volume V: 1974 | Troisième partie, II, A |
| | Volume V: 1974 | Troisième partie, II, B |

| *Cote du document* | *Volume, année* | *Partie, chapitre, section* |
|---|---|---|
| | 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 |
| 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 |

| *Cote du document* | *Volume, année* | *Partie, chapitre, section* |
|---|---|---|
| A/CN.9/650 | Volume XXXIX: 2008 | Troisième partie, II |
| A/CN.9/673 | Volume XL: 2009 | Troisième partie, II |
| A/CN.9/693 | Volume XLI: 2010 | Troisième partie, II |
| A/CN.9/722 | Volume XLII: 2011 | Troisième partie, II |

V.15-01953